



Revista Jurídica
TRABALHO e
DESENVOLVIMENTO HUMANO
Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região



V. 2, N. 2, 2019

ISSN
2595-9689



EDITORIAL

A Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano – Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região (RJTDH) chega à sua terceira edição com o firme propósito de se consolidar como veículo de disseminação do conhecimento qualificado de temas ligados ao mundo do trabalho e aos direitos humanos, produzidos com base em estudos científicos interdisciplinares de autores nacionais e internacionais, aprovados após submissão ao sistema de avaliação duplo-cego por pares.

Oferecemos neste número reflexões sobre diferentes campos das relações laborais, todos enfrentando temas da atualidade. Os escritos versam sobre direito comparado acerca de controle de convencionalidade e de arbitragem em conflitos trabalhistas, intensificação da precariedade do trabalho em virtude das reformas legislativas, neoliberalismo econômico, acidentalidade laboral no segmento de eletricidade, impactos econômicos, sociais e jurídicos da denominada Quarta Revolução Industrial, reflexões sobre os avanços e retrocessos da diversidade no mercado de trabalho e, por fim, admissibilidade de provas ilícitas e devido processo legal.

Enfim, trata-se de uma edição repleta de temas do momento, avaliados por especialistas de forma cuidadosa e com acuidade científica. Tenha uma boa leitura!

A Equipe Editorial



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).



EXPEDIENTE

Editores-Chefes

SILVIO BELTRAMELLI NETO

Professor Titular Categoria A1 da Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUC-Campinas, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito, linha de pesquisa "Cooperação Internacional e Direitos Humanos", grupo de pesquisa Direito num Mundo Globalizado (CNPQ/PUC-Campinas).

Pós-doutorando em Desenvolvimento Econômico pelo Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), integrando o Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho – CESIT. Doutor em Direito (2013) pela Universidade de São Paulo - USP. Mestre (2007) em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP. Especialista (2001) em Direito e Processo do Trabalho pela PUC-Campinas (2001). Graduado pela PUC-Campinas em 1999. Integra o quadro de docentes da Escola Superior do Ministério Público da União - ESMPU. Membro do Ministério Público do Trabalho (2006), atuando como Procurador do Trabalho na Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas/SP). ([Currículo Lattes](#))

CLARISSA RIBEIRO SCHINESTCK

Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo - USP (2013). Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC/SP (2009). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2002). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pelotas - UFPEL (2000). Membro Pesquisadora do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior. Ex-Juíza do Trabalho (TRT 2ª Região). Membro do Ministério Público do Trabalho (2005), atuando como Procuradora do Trabalho na Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas/SP). ([Currículo Lattes](#))

Editores Assistentes

SAMUEL MENDONÇA

Samuel Mendonça é Professor Titular Categoria A3, vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito, Mestrado Acadêmico, linha de pesquisa "Direitos Humanos e Políticas Públicas", grupo de pesquisa Direito e Realidade Social (CNPq/PUC Campinas), ao Programa de Pós-Graduação em Educação, Mestrado e Doutorado, linha de pesquisa "Políticas Públicas em Educação", líder do grupo de pesquisa "Política e Fundamentos da Educação" (CNPq/PUC Campinas) da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento



Científico e Tecnológico (CNPq). Pós-doutorando do Departamento de Economia da Educação da FE-USP. Doutor em Filosofia da Educação pela Unicamp, Mestre (área de Ética), Licenciado e Bacharel em Filosofia pela PUC Campinas. É Presidente da Sociedade Brasileira de Filosofia da Educação (2018-2020), membro da ABRADE - Associação Brasileira de Direito Educacional e participante de diversas sociedades internacionais: North American Nietzsche Society, PES - Philosophy of Education Society, INPE - International Network of Philosophers of Education, ALFE - Asociación Latinoamericana de Filosofía de la Educación. É autor do livro *Aristocratic Education in Nietzsche: individual achievement* (Maryland: GlobalSouth, 2018). ([Currículo Lattes](#))

FELIPE DA SILVA PINTO ADÃO

Mestrando em Ciência Política pela Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP, tendo como pesquisa o perfil do Poder Judiciário brasileiro a partir de casos de trabalho análogo ao de escravo no Brasil contemporâneo. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUC-Campinas (2015). Assessor jurídico - cargo comissionado - do Ministério Público do Trabalho - Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas/SP). ([Currículo Lattes](#))

GABRIELA COSTA E SILVA

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia - UFBA (2017). Graduada pela Universidade Estadual de Santa Cruz - UESC (2013). Analista Processual nos quadros do Ministério Público da União (2015), atualmente lotada na Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas/SP). ([Currículo Lattes](#))

Equipe Técnica

RAFAEL FERREIRA DE ALMEIDA

Chefe da Assessoria de Comunicação do Ministério Público do Trabalho em Campinas. Graduado em Jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUC-Campinas. Especialista em Gestão de Marketing pela Escola Superior de Administração, Marketing e Comunicação - ESAMC.

BEATRIZ PAGANINI

Assessora Nível III da Chefia de Gabinete do Procurador-Chefe do do Ministério Público do Trabalho em Campinas. Graduada em Relações Públicas pela UniMetrocamp Campinas e pós-graduanda em Marketing Organizacional pelo Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP.



Conselho Editorial

CASSIO LUIS CASAGRANDE (UFF - RIO DE JANEIRO)

Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense - UFF, ministrando aulas na graduação e no mestrado (PPGDC). Doutor em Ciência Política (2007) pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Mestre em Relações Internacionais (2001) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba - FDC, com habilitação específica em Direito do Trabalho (1989). Membro do Ministério Público do Trabalho (2006), atuando como Procurador do Trabalho na Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região (Rio de Janeiro/RJ). Integra o quadro de docentes da Escola Superior do Ministério Público da União - ESMPU. ([Currículo Lattes](#)).

EDUARDO CARLOS BIANCA BITTAR (USP - SÃO PAULO)

Professor em nível de Graduação e do Programa de Pós-Graduação do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Desenvolveu estágio doutoral-FAPESP junto à Université de Lyon (II e III) e à Université de Paris (Sorbonne-II e Sorbonne-IV), na França. É Doutor (1999) e Livre-Docente (2003) pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Defendeu Tese de Titoralidade (2011) na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro Titular do Grupo de Pesquisas Direitos Humanos, Democracia, Política e Memória do Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, IEA, USP. Pesquisador N-2 do CNPq (2017-2019). ([Currículo Lattes](#))

GABRIELA NEVES DELGADO (UNB - BRASÍLIA)

Professora de Direito do Trabalho em nível de Graduação e do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB. Pós-Doutoranda em Sociologia do Trabalho pela UNICAMP. Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (2005). Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2002). Pesquisadora e líder do Grupo de Pesquisa "Trabalho, Constituição e Cidadania" da UnB, com registro no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq. Membro fundadora do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais - ICJS. Advogada. ([Currículo Lattes](#))



HOMERO BATISTA MATEUS DA SILVA (USP - SÃO PAULO)

Professor de Direito do Trabalho em nível de Graduação e do Programa de Pós-Graduação do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de São Paulo - USP. Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo - USP (2007). Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo - USP (2002). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo - USP (1993). Pesquisador da Universidade de São Paulo - USP, dentro da linha de pesquisa "Saúde e segurança do trabalho. Novos rumos da regulação jurídica da saúde, higiene e segurança do trabalho". Juiz titular da 88ª Vara do Trabalho de São Paulo. ([Currículo Lattes](#))

JORGE CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO (FGV - SÃO PAULO)

Professor turno completo no curso de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas - EAESP/FGV. Coordenador dos cursos de pós-graduação em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e em Direito Sindical na Escola Superior de Advocacia. Pós-Doutor junto ao Laboratoire de Droit et Changement Social da Université de Nantes, França (2013). Mestre e doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo - USP (2012). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2003) e especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Potiguar - UnP (2005). Advogado em São Paulo, integra as Comissões de Direito Sindical e de Direito Empresarial do Trabalho da OAB/SP para o triênio 2013-2015. ([Currículo Lattes](#))

LORENA VASCONCELOS PORTO (UDF - BRASÍLIA)

Professora de Direito do Trabalho no Programa de Pós-Graduação do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Doutora em Autonomia Individual e Autonomia Coletiva pela Universidade de Roma II (2008). Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-Minas (2007). Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade de Roma II (2005). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (2004). Membro do Ministério Público do Trabalho (2006), atuando como Procuradora do Trabalho na Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo/SP). Professora Titular do Centro Universitário UDF. Professora Convidada da Universidad Externado de Colombia ([Currículo Lattes](#))

MANOEL CARLOS TOLEDO FILHO (UNIVERSIDADE NACIONAL DE CÓRDOBA - ARGENTINA)

Professor de Direito Material e Processual do Trabalho em cursos de pós-graduação e Professor Visitante da Universidade Nacional de Córdoba, Argentina. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo - USP (2005). Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo - USP (1994). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo - USP (1987). Membro da Asociación



Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AADTSS), da Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AUDTSS) e da Asociación de Abogados Laboralistas del Paraguay (AAL). Desembargador do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas/SP). ([Currículo Lattes](#))

MÁRCIO TULIO VIANA (UFMG E PUC MINAS)

Professor de Direito do Trabalho em nível de Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG e em nível de graduação e do Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG. Pós-Doutor pela Universidade de Roma I La Sapienza (2008) e pela Universidade de Roma II Tor Vergata (2002). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (1994). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (1972). Co-coordenador do grupo de pesquisa Retrabalhando o Direito - RED. ([Currículo Lattes](#))

MIRTA GLADYS LERENA MANZO DE MISAILIDIS (UNIMEP - PIRACICABA)

Professora de Direito do Trabalho em nível de Graduação e do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP. Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP (1999). Mestre em Educação Superior pela Ppela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUC-Campinas (1994). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUC-Campinas (1982). Pesquisadora da da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP dentro da linha de pesquisa "Proteção dos Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos na Contemporaneidade". ([Currículo Lattes](#))

RAFAEL SANTOS DE OLIVEIRA (UFSM - SANTA MARIA)

Professor em nível de Graduação e do Programa de Pós-Graduação do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2010), na área de concentração em Relações Internacionais, com período de realização de Estágio de Doutorado (doutorado-sanduiche) com bolsa da CAPES na Università Degli Studi di Padova - Itália (fev-jun 2009). Mestre em Integração Latino-Americana (Direito da Integração) pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2005). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2003). Vice-Coordenador do Núcleo de Pesquisas Prof. Luis Alberto Warat (NPLAW/UFSM). Líder do Grupo de Pesquisas cadastrado no CNPq denominado CEPEDI - Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet. Membro da Associação Brasileira de Editores Científicos (ABEC). ([Currículo Lattes](#))



RENATO RUA DE ALMEIDA (PUC SÃO PAULO)

Professor do Núcleo de Pesquisa em Direito do Trabalho do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* (mestrado e doutorado) em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de Paris I - Panthéon-Sorbonne (1973). Executa projetos de pesquisa sobre os temas "Tutela e efetividade dos direitos fundamentais nas relações de trabalho" e "Efetivação dos direitos fundamentais pela negociação coletiva. Advogado trabalhista. ([Currículo Lattes](#))

XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO (UFRN - RIO GRANDE DO NORTE)

Professor de Direito Processual do Trabalho em nível de Graduação e de Especialização *Lato Sensu* da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN (2003). Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN (1984). Membro do Ministério Público do Trabalho (1993), atuando como Procurador do Trabalho na Procuradoria Regional do Trabalho da 21ª Região (Natal/RN). Integra o quadro de docentes da Escola Superior do Ministério Público da União - ESMPU. Coordenador da Revista Jurídica IN VERBIS do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. ([Currículo Lattes](#))

Conselho Editorial Internacional**ADA ORDOR (UNIVERSITY OF CAPE TOWN - ÁFRICA DO SUL)**

Professora associada e Diretora do *Centre for Comparative Law in Africa* (CCLA) da Faculdade de Direito da *University of Cape Town* (UCT). Bacharel em Direito pela Universidade de Jos (Nigéria), mestre em Direito pela Universidade da Nigéria, doutora em Direito pela *University of Cape Town*, pós-doutora pesquisadora pelo *Institute of Development and Labour Law* da *University of Cape Town* e advogada licenciada pela Ordem dos Advogados da Nigéria. Já atuou como pesquisadora da *Nigerian Law School* e do *African Gender Institute*, foi membra visitante do *Institute for Policy Studies* da *Johns Hopkins University* em Baltimore (EUA) e da *American Association of University Women* e foi co-editora do *Journal of Comparative Law in Africa*. Desde 1990, tem publicado diversos livros e artigos sobre Direito e Desenvolvimento, Direito Comparado e Direito do Trabalho.



CRISTINA MANGARELLI (UNIVERSIDADE DA REPÚBLICA - URUGUAI)

Professora de Direito do Trabalho e da Seguridade Social na Faculdade de Direito da *Universidad de la Republica* e da Universidade de Montevidéu, Uruguai. Doutora em Direito e Ciências Sociais e mestra em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da *Universidad de la Republica*. Pesquisadora integrante da *Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, é autora de diversos livros e artigos dedicados à temática do Direito do Trabalho e já participou de congressos pela América do Sul, Europa e Oceania.

ELIZABETH TIPPETT (UNIVERSIDADE DE OREGON - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA)

Professora Associada de Direito do Trabalho, Direito do Consumidor e de Negociação, Co-Diretora do Programa de Mestrado *Conflict & Dispute Resolution* e *Associate Faculty* do *Center for Cyber Security and Privacy*, todos da Faculdade de Direito da Universidade de Oregon, EUA. *Juris Doctor* pela *Harvard Law School*, Bacharel (B.A) em Social Studies pela *Harvard College* e Advogada credenciada para atuar nos estados de Oregon, Califórnia e Nova Iorque, bem como perante a Suprema Corte dos Estados Unidos. Já atuou como Advogada Associada no escritório de advocacia *Wilson Sonsini Goodrich & Rosati* (Palo Alto, Califórnia e Nova Iorque, Nova Iorque), como pesquisadora no *Center for Labor and Employment Law* da Universidade de Nova Iorque e atuou como *Teaching & Research Assistant* em diversos programas e disciplinas da *Harvard School of Law*. É autora de diversas obras, artigos e entrevistas sobre Direito do Trabalho, Relações de Trabalho, Governança Corporativa e questões relacionadas à advocacia em geral e já atuou como conferencista em diversas universidades dos EUA e do Reino Unido.

EVANCE KALULA (UNIVERSITY OF CAPE TOWN - ÁFRICA DO SUL)

Professor Emérito de Direito do Trabalho e da Seguridade Social na Faculdade de Direito da Universidade da Cidade do Cabo. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Warwick, Inglaterra, mestre em Direito pela *Kings College, University of London*. *Chair* do Comitê para Liberdade Sindical, membro e conselheiro da *Academy of Science of South Africa*, membro do Conselho Ministerial e Consultivo para assuntos econômicos no Departamento de Desenvolvimento Econômico do governo da África do Sul e membro da *African Academy of Sciences* (AAS). Já foi presidente da *International Labour and Employment Relations Association* (ILERA), membro do Conselho Consultivo do Laboratório de Pesquisa em Direito do Trabalho e Desenvolvimento na Faculdade de Direito da *McGill University* em Montreal, Canadá, *Chair* da Comissão para Condições de Trabalho na África do Sul da OIT, e já trabalhou como Consultor e especialista para diversos governos e organizações internacionais como o governo da Zâmbia, o Alto Comissariado para Refugiados na ONU, o *Labour Department* do



governo estadunidense, entre outras. É autor de diversos trabalhos e artigos sobre regulação do mercado de trabalho, seguridade social, relações de trabalho na África do Sul e Direito do Trabalho Internacional Comparado.

FRANCISCO PÉREZ AMORÓS (UNIVERSIDADE AUTÔNOMA DE BARCELONA - ESPANHA)

Professor Catedrático de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade Autônoma de Barcelona, Espanha. Doutor em Direito pela Universidade de Barcelona e Doutor *Honoris Causa* pela Universidade Paulo Freire, Nicarágua. Árbitro do Tribunal Laboral da Catalunha, vice-presidente da *Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AIDTSS)* e da *Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y Seguridad Social(AIJDTSS)*, membro do Comitê Científico da CIELO (*Comunidad Internacional para el Estudio Laboral y Ocupacional*), pesquisador do *Grupo de Investigación "Trabajadores e inmigración"* e do *Institut d'Etudis del Treball*, ambos da Universidade Autônoma de Barcelona. Já foi Professor Visitante de diversas universidades latino-americanas e é autor de diversas obras e artigos sobre Direito do Trabalho e da Seguridade Social.

FRANCK HÉAS (UNIVERSIDADE DE NANTES - FRANÇA)

Professor de Direito Social e do Trabalho, Vice-Decano e responsável pelo Setor de Estágio do Programa de Mestrado da *Faculté de Droit et de Sciences Politiques* da Universidade de Nantes, França. Doutor em Direito pela Universidade de Nantes e especialista em Direito Social e do Trabalho. Membro do Comitê Científico da rede internacional CIELO (*Communauté pour la recherche et les études sur le travail et le champ professionnel*), membro da comitê científico da *Revista Santé et Travail* e da *Revue internationale sur le travail et la société* da Universidade de Quebec, Canadá. Já foi co-responsável pela equipe *Travail et Solidarités* do laboratório *Droit et Changement Social* da Universidade de Nantes, membro eleito do *Conseil national des Universités (CNU)* da França, membro especialista convidado do grupo de trabalho do *Conseil Economique et Social de Bretagne* e Professor convidado na Faculdade São Judas Tadeu em São Paulo, Brasil. É autor de diversas obras e artigos sobre direito do trabalho e seguridade social.

JOÃO LEAL AMADO (UNIVERSIDADE DE COIMBRA - PORTUGAL)

Professor Associado de Direito do Trabalho da Universidade de Coimbra. Doutor e mestre em Ciências Jurídico-Empresariais pela Universidade de Coimbra. Membro da Direção da APODIT – Associação Portuguesa de Direito do Trabalho, Vice-presidente da Direção do IDET – Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Membro dos Corpos Gerentes da JUTRA – Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho. Membro da lista de árbitros-presidentes do Conselho Económico



e Social. Integrante da direção da revista Questões Laborais e redator da Revista de Legislação e de Jurisprudência. Autor de diversas obras e artigos relacionados ao Direito Laboral.

JORGE ROSENBAUM RIMOLO (UDELAR - URUGUAI)

Professor titular de Direito Individual e Coletivo do Trabalho e da Seguridade Social (Grau 5) da Faculdade de Direito e de Legislação e Relações Industriais na Faculdade de Engenharia, ambas da *Universidad de La República* (UDELAR) em Montevideo, Uruguai. Diretor acadêmico de Direito do Trabalho e da Seguridade Social e Direito Coletivo do Trabalho na Escola de Pós-Graduação e da Faculdade de Direito da UDELAR. Secretário Geral da *Fundación Electra*, dedicada à promoção do estudo científico do Direito do Trabalho e da Seguridade Social (2010 até o presente). Doutor em Direito e Ciências Sociais pela UDELAR (1975), já desenvolveu atividades de consultoria à OIT nas mais diversas áreas: normas, projetos, investigação e formação em Direito do Trabalho e já trabalhou como assessor no Programa RELASUR da OIT em parceria com o Ministério do Trabalho e da Seguridade Social da Espanha (1993-1995). É autor de numerosos livros e artigos sobre Direito do Trabalho, Seguridade Social e Relações de Trabalho.

JUAN PABLO MUGNOLO (UNIVERSIDADE DE BUENOS AIRES - ARGENTINA)

Professor Titular de Direito do Trabalho e da Seguridade Social na *Universidad de San Andrés* e Professor Adjunto Regular de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de Buenos Aires (UBA). Doutor em Direito pela Universidade de Granada, Espanha e Bacharel em Direito pela Universidade de Buenos Aires (UBA). Membro do Comitê Editorial da *Revista Pensar en Derecho*, do Comitê de Redação da *Revista Internacional y Comparada en Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, bem como membro ativo da *Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* e membro do Conselho da Magistratura em Buenos Aires. Já trabalhou como Assessor de vários setores do *Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos de la Nación* da Argentina e atuou como Diretor de Assuntos Acadêmicos da Universidade de Buenos Aires (UBA). É autor de diversas obras, tratados e artigos sobre Direito do Trabalho e da Seguridade Social.

MARÍA CRISTINA GAJARDO HARBOE (UNIVERSIDADE DO CHILE)

Advogada integrante da Suprema Corte Chilena (2018-2021) e Diretora da Escola de Pós-Graduação da Universidade do Chile. Doutora em Direito pela Universidade do Chile e pela Universidade de Sevilha (2017), mestra em Planificação e Direção Tributária pela *Universidad Adolfo Ibáñez* do Chile (2005) e licenciada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Chile (1986). Já foi Diretora da *Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (2011-2017) e advogada



integrante da Corte de Apelações de Santiago (2012-2014). É autora de diversas obras e artigos sobre temas relacionados ao trabalho.

MARIO GARMENDIA ARIGÓN (UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA - URUGUAI)

Professor Decano de Direito do Trabalho e da Seguridade Social das Faculdades de Direito da *Universidad de la Republica*, em Montevideú, Uruguai e do Centro Latinoamericano de Economía Humana (CLAEH) em Punta Del Leste, Uruguai. Doutor em Direito e Ciências Sociais e mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da *Universidad de la Republica*. Diretor da Revista *Derecho del Trabajo* (editorial La Ley Uruguay - Thomson Reuters), integrante do Conselho Editorial Internacional da Revista *Magister de Direito do Trabalho* e do Conselho Editor da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região em Campinas - SP e membro correspondente da Academia Nacional de Direito do Trabalho do Brasil. É autor e co-autor de diversas obras sobre Direito do Trabalho e da Seguridade Social.

MARTHA ELISA MONSALVE CUELLAR (UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA - COLOMBIA)

Professora de Direito do Trabalho e da Seguridade Social no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da *Universidad La Gran Colombia*. Doutora em Direito e Ciência Política *Universidad La Gran Colombia*, Doutora *Honoris Causa* em Ciências Sociais e Políticas pela *Universidad Paulo Freire de Nicaragua* e especialista em Direito Laboral, Relações Industriais e Seguridade Social. Integrante da *Asociacion Iberoamericana De Juristas De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social Guillermo Cabanellas*, da *Asociacion Internacional De Relaciones Del Trabajo* e Presidente do *Instituto Latinoamericano De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social - ILTRASS*. Já participou de inúmeras conferências e eventos sobre Direito do Trabalho, Relações de Emprego e Seguridade Social ao redor do mundo e é autora de diversas obras e artigos sobre temas relacionados ao trabalho.

PEDRO ROMANO MARTINEZ (UNIVERSIDADE DE LISBOA - PORTUGAL)

Professor Catedrático de Direito do Trabalho no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Possui mestrado e doutorado em Direito pela Universidade Católica, em Lisboa. Desde 1989 é autor de diversas obras sobre Direito do Trabalho e da Seguridade Social, Direito Civil e Processual Civil e Direito Internacional Público.

RAÚL SACO BARRIOS (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PERU)

Professor de Direito do Trabalho na *Pontificia Universidad Católica del Perú* (PUCP) e na *Academia de la Magistratura*. Mestre em Relações Laborais pela *Pontificia Universidad Católica del*



Perú, advogado especializado em Assuntos Laborais e Conciliador Extrajudicial credenciado pelo Ministério da Justiça do Peru. Membro da *Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y Seguridad Social (AIJDTSS)*, do *Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (ILTRAS)*, do Comitê Científico da CIELO (*Comunidad Internacional para el Estudio Laboral y Ocupacional*) e da *Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS)*. Já trabalhou no antigo Ministério do Trabalho e da Promoção Social do Peru (atualmente Ministério do Trabalho e da Promoção do Emprego) e atuou como pesquisador no *Instituto de Estudios del Trabajo (IET)*. É autor de diversas publicações sobre Direito do Trabalho e Relações Laborais.

SANTIAGO GONZALEZ ORTEGA (UNIVERSIDADE DE PABLO OLAVIDE DE SEVILHA - ESPANHA)

Professor de Direito do Trabalho e da Seguridade Social na Universidade de Pablo de Olavide de Sevilha, Espanha desde 2005 e na Universidade de Nantes - França desde 2013. Já lecionou Direito do Trabalho e da Seguridade Social nas Universidades de Málaga (1986-1989), Sevilha (1989-1992), Carlos III de Madrid (1992-2005) e foi professor associado da Universidade de Paris X (Nanterre-La Défense) de 1995 a 2011. Doutor em Direito pela Universidade de Bolonha, Itália. Possui Licenciatura em Direito pela Universidade de Sevilha (1968-1973). Foi Diretor dos Departamentos de Direito Privado e Direito Social e Internacional Privado (1996-2003), bem como do Instituto de Pesquisa "Juan Luis Vives" em matéria de Seguridade Social (1996-2005), todos da Universidade Carlos III de Madri. Atualmente é responsável pela área de Direito do Trabalho da Universidade Pablo Olavide de Sevilha e é autor de inúmeras obras e trabalhos científicos relacionados a Direito do Trabalho e da Seguridade Social.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).





1 Professor de Direito Constitucional da Universidade de Valência. Doutor *Honoris Causa* pela Universidade Nacional de La Plata (Argentina). Secretário-Geral (2016-2019) do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo, França). Juiz ad hoc do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e representante independente (suplente) do Conselho da Europa junto à Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA) (2015-2020). Ex-membro e presidente do Comitê Europeu de Direitos Sociais do Conselho da Europa (2009-2014).

<https://orcid.org/0000-0002-4435-6450>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

O controle de convencionalidade e os direitos sociais: novos desafios na Espanha e no âmbito europeu comparado (França, Itália e Portugal)¹

The control of conventionality and social rights: new challenges in Spain and at the comparative European level (France, Italy and Portugal)

El control de la convencionalidad y los derechos sociales: nuevos retos en España y a nivel europeo comparado (Francia, Italia y Portugal)

*Luis Jimena Quesada*¹

RESUMO

O presente trabalho aborda o impacto positivo do controle de convencionalidade como exigência constitucional de coerência normativa e institucional e de otimização da dignidade humana através da proteção dos direitos sociais. Com efeito, por meio do enfoque do constitucionalismo multinível, tomam-se em consideração os parâmetros europeus em matéria de direitos sociais (do Conselho da Europa – especialmente, a jurisprudência do Comitê Europeu de Direitos Sociais – e da União Europeia) e a experiência comparada na cultura constitucional “latino-europeia” (Espanha, França, Itália e Portugal). O autor conclui enfatizando o papel essencial dos órgãos judiciais nacionais para articular corretamente os sistemas de fontes jurídicas, de instituições e de direitos fundamentais. Porém, esse papel deve vir precedido e complementado constantemente por uma contribuição sincera e positiva da academia tendente a reforçar os padrões dos direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Diálogo judicial; Constitucionalismo multinível; Prevalência de tratados; Efetividade dos direitos sociais

ABSTRACT

This essay tackles the positive impact of the control of conventionality as a constitutional requirement of coherence (at both normative and institutional levels) and optimization (of human dignity) through the protection of social rights. Indeed, under a multi-level constitutionalism approach, the European parameters in the field of social rights (those pertaining to the Council of Europe - especially the case-law of the European Committee of Social Rights - and those relating to the European Union) as well as the comparative experience in the “Latin-European” constitutional culture (Spain, France, Italy and Portugal) are taken into account. The author concludes by emphasizing the essential role of domestic courts in correctly articulating the systems of legal sources, institutions and fundamental rights. However, this role must be preceded and constantly completed by a sincere and positive contribution from Academia, aiming at strengthening social rights standards.

KEYWORDS: Judicial Dialogue; Multilevel Constitutionalism; Prevalence Of Treaties; Effectiveness Of Social Rights

¹ Tradução inédita para a língua portuguesa. Artigo original: QUESADA, L. J. El control de convencionalidad y los derechos sociales: nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal). **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, v. 22, p. 31-58, jan./dez. 2018. Tradução e adaptação: Gabriela Costa e Silva, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia - UFBA, Analista Processual nos quadros do Ministério Público da União (Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região - Campinas/SP) e Editora Assistente da Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano – Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região.

RESUMEN

El presente trabajo aborda el impacto positivo del control de convencionalidad como exigencia constitucional de coherencia normativa e institucional y de optimización de la dignidad humana a través de la protección de los derechos sociales. En efecto, con un enfoque de constitucionalismo multinivel, se toman en consideración los parámetros europeos en materia de derechos sociales (del Consejo de Europa -especialmente, la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales- y de la Unión Europea) y la experiencia comparada en la cultura constitucional "latino-europea" (España, Francia, Italia y Portugal). El autor concluye poniendo el énfasis en el papel esencial de los órganos judiciales nacionales para articular correctamente los sistemas de fuentes jurídicas, de instituciones y de derechos fundamentales. Ahora bien, ese papel debe venir precedido y completado constantemente por una contribución sincera y positiva de la academia tendente a reforzar los estándares de los derechos sociales.

PALABRAS-CLAVE: Diálogo Judicial; Constitucionalismo Multinivel; Prevalencia De Tratados; Efectividad De Derechos Sociales

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE COERÊNCIA NORMATIVA E INSTITUCIONAL E DE OTIMIZAÇÃO PROTETORA PARA A DIGNIDADE

De início, estou consciente de que propor atualmente a possibilidade de controle de convencionalidade em um Estado social e democrático de Direito e internacionalmente integrado se revela mais controvertido que questionar em nossos dias a própria existência de uma jurisdição e um controle de constitucionalidade (discutindo a insustentável soberania parlamentar), ou que colocar em pauta o papel primordial da jurisdição ordinária como defensora cotidiana dos direitos fundamentais (sob o pretexto de configurá-la irrealisticamente como boca muda que pronunciaria as palavras da lei).

Com efeito, uma ordem constitucional contemporânea não pode prescindir, nem de uma alta jurisdição que assegure extraordinariamente a supremacia da carta constitucional (isso sem prejuízo da ampla gama de competências que em tal função se atribua à dita jurisdição constitucional), nem de alguns órgãos jurisdicionais que garantam ordinariamente a eficácia dos direitos constitucionais, pois, em outro caso, o próprio texto constitucional se tornaria letra morta. Do mesmo modo, entendo que a prevalência das normas internacionais sobre as nacionais e o lógico controle de convencionalidade suscetível de ser operado pelos órgãos jurisdicionais domésticos deveriam resultar constitucionalmente incontestáveis, para



além do modo – mais ou menos explícito – como cada ordem constitucional nacional haja interiorizado a resolução da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

Na realidade, essa prevalência das normas internas de produção internacional (notadamente quando, como no caso que nos ocupa, reconheçam direitos humanos e sejam mais favoráveis que as de produção nacional) e o correspondente controle de convencionalidade, concebidos em termos de constitucionalização da Convenção de Viena de 1969, pressupõe simples e somente uma exigência constitucional de respeito aos compromissos internacionais. De tal sorte, parâmetro de constitucionalidade e parâmetro internacional se perfilam como convergentes e complementares.

Com semelhantes premissas, deveriam restar superadas as antigas disputas entre as normas internacionais e nacionais por conta da discussão em torno do monismo, do dualismo, ou da combinação de ambos (CANÇADO TRINDADE, 1995, p. 7 e 20), para sustentar com firmeza e solidez que os diversos cânones normativos do sistema global de direitos humanos permanecem articulados em vista da sua otimização e “integralidade maximizadora” (BIDART CAMPOS, 1994, p. 29-31). De fato, a referência isolada ao controle de convencionalidade em alguns sistemas constitucionais europeus (assim é nos quatro países *latino-europeus* analisados no presente ensaio, salvo na França) não se daria da mesma forma no contexto latino-americano (BAZÁN, 2010; SAGÜÉS, 2011). Neste, mais além dessas posturas encontradas entre monismo e dualismo, ganha força o jogo combinado do binômio *constitucionalidade-convencionalidade* (HITTERS, 2009) através da implantação do valor supralegal – e ainda supraconstitucional em alguns ordenamentos jurídicos - (ROUVILLOIS, 2002, p. 327; BIDART CAMPOS, 1996, p. 46) – no âmbito dos tratados internacionais (RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, 2007, p. 259).

A tempo, deve ser sanada a desconfiança entre Direito Constitucional e Direito Internacional, para avançar pelo caminho das sinergias, seguindo o movimento de internacionalização do Direito Constitucional e de constitucionalização do Direito Internacional; de igual maneira, especialmente na órbita globalizada dos direitos humanos, é



inexorável a internacionalização de outras disciplinas como o Direito Penal, o Direito Processual, o Direito do Trabalho, etc.

Outra delimitação. Quando nos situamos na esfera do Direito Internacional dos direitos humanos (neste caso, dos direitos sociais), a eventual divergência entre a norma doméstica e o padrão de produção externa não se produzirá normalmente no plano normativo, dado que as normas internacionais tendem a conter cláusulas gerais que se transformam em instrumentos vivos (adaptados à realidade e direcionados ao respeito da dignidade humana e à consecução da justiça social) por meio da interpretação dinâmica ou evolutiva das correspondentes instâncias internacionais de controle, monitoramento ou garantia. Em outros termos, a prevalência do parâmetro exterior seria assegurada pela assunção interna do texto e da interpretação internacionais, o que não deve ser entendido senão como um ato de prevalência da mesma força normativa da Constituição nacional, revigorada através de sua abertura internacional.

Em resumo, a colocada em prática do controle de convencionalidade há de ser concebida como uma exigência constitucional que, confirmada por uma práxis adequada, permite: fortalecer o conjunto das fontes de Direito, dotando-o de coerência sistemática; unir o tecido institucional restando-lhe fricções interorgânicas e, sobretudo; reforçar o sistema de direitos fundamentais imprimindo-lhe dinamismo e melhorando os meios de garantia, neste caso, a garantia operada pela jurisdição ordinária. Naturalmente, a colocada em marcha de um mecanismo difuso de supervisão, como é o controle de convencionalidade, passa, irremediavelmente, pelo prévio conhecimento das normas e das jurisprudências internacionais que servem como parâmetro de controle e pelo consequente *self-restraint* (autocontrole) no momento de seu efetivo exercício pela jurisdição nacional (GELLI, 2007, p. 1-2).

Sob o ângulo exposto, as razoáveis cautelas com as quais tem que ser tratado o controle de convencionalidade (para evitar um *ativismo judicial* que gere insegurança jurídica ou desigualdade de aplicação do Direito) não se podem erigir em outros tantos pretextos para descartar esse controle (para não deixar de infundir uma necessária *vontade*



jurisdicional que, como se vem insistindo, responderia a um mandado constitucional de otimização dos direitos e liberdades). As vantagens, em todo caso, parecem maiores que os inconvenientes; adicionalmente, aquelas seriam reflexos de uma obrigação constitucional, enquanto estas últimas traduziriam receios excessivos ante o controle difuso operado pela jurisdição nacional.

Obviamente, a tarefa de formação da Magistratura e demais atores jurídicos não se deve descuidar. De todas as formas, é preciso recordar que, no âmbito europeu, assumiu-se com naturalidade, e mesmo com ostensivo entusiasmo, que a jurisdição nacional estava habilitada no âmbito da União Europeia para operar semelhante controle difuso através dos princípios de primazia e efeito direto do Direito comunitário europeu. Logo, porque não admitir o exercício responsável do controle de convencionalidade como elemento, não de debilidade, mas de fortalecimento do ordenamento constitucional?

1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E DIREITOS SOCIAIS NA ESPANHA

1.1 A inadiável superação dos receios dogmáticos ao controle de convencionalidade

Como adiantava, em minha opinião o ordenamento espanhol oferece bases constitucionais explícitas que dão suporte ao controle de convencionalidade e à efetividade da tutela multinível de direitos, especialmente o mandado aplicativo dos tratados internacionais (artigos 96 a 96 da Constituição Espanhola) em conjunção com o mandado interpretativo (do artigo 10.2 da própria Constituição) (FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE; JIMÉNEZ GARCÍA, 2006, p. 21 e 31; SÁIZ ARNÁIZ, 1999; APARICIO PÉREZ, 1989; DE CARRERAS SERRA, 2000). Neste sentido, do artigo 96.1 da Constituição Espanhol deriva a superioridade dos tratados em face da lei espanhola e, em todo caso, esse caráter supralegal se revela indiscutível quando se trata de tratados sobre direitos humanos [artigo 94.1.2 da Carta Magna – espanhola], por mais que o texto constitucional espanhol não fale explicitamente desta supralegalidade (Peces Barba Martínez, 1988: 97).



É certo que neste último diverge a Carta constitucional espanhola de outras Constituições estrangeiras, como é o caso da francesa vigente de 1958 (artigo 55)². Não obstante, o texto final do artigo 96 da Constituição de 1978 revela essa superioridade aplicativa dos tratados sobre as leis, na linha da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (CARCASSONNE, 2002, p. 250). Com tal filosofia, sobre não ser necessário, a Lei 25/2014, de 27 de novembro, de Tratados e Acordos Internacionais, vem esclarecer o que dispõe o reiterado artigo 96 da Constituição espanhola ao estabelecer explicitamente essa prevalência (JIMÉNEZ GARCÍA, 2015, p. 54).

Como antes se apontava, a lógica do princípio da primazia do Direito da União Europeia é a mesma que inspira o exercício do controle de convencionalidade com apoio na posição prevalente ou supralegal dos tratados internacionais. Se se tem em mente esse simples paralelismo, restarão superados os receios dogmáticos (mormente na doutrina constitucionalista) à assunção do controle de convencionalidade operado pelos órgãos jurisdicionais. Cabalmente, ainda que a primazia seja uma criação jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Luxemburgo quanto a sua formulação (Tajadura Tejada y De Miguel Bárcena, 2008; Torres del Moral, 2010: 718-724), ela não está alheia à posição dos Tratados comunitários europeus no ordenamento interno a teor da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

De análogo raciocínio se fez eco, com grande acerto e inspirando-se na experiência constitucional francesa, o Conselho de Estado Espanhol em sua *Memoria anual de 1997*. Dizia assim o Conselho de Estado: “Nas consultas sobre projetos legislativos o Conselho de Estado substitui seu tradicional exame de legalidade do texto regulamentador por *um duplo controle ou exame de constitucionalidade e ‘convencionalidade’*. Essas verificações se realizam também em matéria regulamentar, mas em matéria legislativa se faz com maior meticulosidade. Também nos aspectos formais e de conteúdo se observam matizes nos Pareceres, possivelmente pelo maior rigor e melhor cuidado com que se emitem as

² Segundo o artigo 55 da Constituição Francesa “os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, desde sua publicação, uma autoridade superior às leis, sob reserva, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra Parte”.



consultas legislativas”³. E prosseguia: “Ao examinar os anteprojetos legislativos, o Conselho de Estado realiza, ademais, o que se vinha chamando ‘controle de convencionalidade’. É inteiramente aplicável aqui a conclusão a que teria chegado a doutrina francesa a respeito do seu *Conseil d’État*: desde que é consultado um projeto de lei, o Conselho de Estado deve sistematicamente colocar a questão de saber se esse projeto é compatível com o Direito Comunitário e com o Direito Internacional”⁴.

Mas, sobretudo, à luz do citado exemplo, recorda o Conselho de Estado o caráter supralegal ou prevalente dos tratados internacionais, nestes termos: “A problemática das relações entre a lei interna e os tratados internacionais correspondentes e a prevalência da fonte internacional é objeto de exame detido no Parecer 176/1997. (...) O Parecer 4810/1997 adverte sobre a desnecessidade das cláusulas de reserva ou remissão expressas a tratados por sua duvidosa utilidade, dada a primazia destes”⁵. E complementa: “Nesta matéria, o Conselho de Estado move-se com uma margem de criatividade maior do que na questão constitucional, dada a intervenção limitada do Tribunal Constitucional em matéria de tratados internacionais (artigo 95 da Constituição Espanhola) e sua recusa em controlar a Constituição em respeito dos compromissos internacionais e pelo direito comunitário”.

Estimo que as citações anteriores se mantenham plenamente justificadas. Se se aplica essa lógica argumentativa ao terreno da lógica legislativa (fase de elaboração da norma), o que impede transladá-la ao campo da prática judicial (fase de aplicação da norma)? A meu entender, os argumentos tendentes a excluir o líquido controle difuso de convencionalidade da esfera judicial ordinária para reconduzi-lo à supervisão concentrada da jurisdição constitucional (BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, 1996, p. 134-136; CANOSA USERA, 2015; JIMENA QUESADA, 2013), parecem pouco realistas e, sobretudo, afastam-se do principal papel e maior virtude do primeiro controle, a saber, a efetividade da tutela judicial dos direitos fundamentais em prazo razoável. Efetivamente, para além desse obstáculo principal consistente em adiar o controle para a sede jurisdicional constitucional com a

³ *Memoria anual del año 2007*, p. 149.

⁴ *Memoria anual del año 1997*, p. 158.

⁵ *Ibidem*, pp. 164-165.



consequente demora, mostra-se irrealista essa solução por implicar, inclusive, uma mudança na mentalidade que nos dias de hoje não se vislumbra ainda na Justiça constitucional espanhola: esta recusou incluir os tratados como parte do bloco de constitucionalidade ainda que, *de fato*, os tenha utilizado aleatoriamente como tal parâmetro.

Curiosamente, assumiu o instituto francês do bloco de constitucionalidade com aleatoriedade e, ao mesmo tempo, relutou em reconhecer explicitamente que a justiça comum está autorizada a exercer o controle da convencionalidade. Diga-se de passagem, parece-me que tampouco faça falta que o Tribunal Constitucional efetue esse reconhecimento, que já se desprende da própria Constituição. Neste caso, o que acontece é que o aval da Alta Corte serviria certamente para respaldar a convicção e a vontade dos órgãos jurisdicionais ordinários. Pelo contrário, nos dias de hoje, não se vislumbra esse aval, até o ponto que se poderia arguir que a Corte Constitucional espanhola, em matéria de controle de convencionalidade, nem o faz nem o deixa de fazer, como no seio do próprio Tribunal já restou criticado.

Assim, grande interesse desperta o voto particular divergente de Juan Antonio Xiol Ríos (a quem aderem Adela Asua Batarrita e Fernando Valdés Dal-Ré), formulado na Sentença do Tribunal Constitucional núm. 270/2015, de 17 de dezembro, onde se afirma que a questão do controle de convencionalidade “deveria ser submetida a uma reconsideração mais profunda pelo Tribunal para evitar determinadas situações paradoxais que se inserem no ordenamento jurídico espanhol” e com respeito ao qual “este Tribunal, como máximo intérprete da Constituição, deverá pronunciar-se mais fundamentadamente em algum momento”. E se recapitula assim a crítica a essa fuga ao controle de convencionalidade: “A atual jurisprudência parece que conduz a que somente se possibilite o desenvolvimento desse controle de convencionalidade de maneira concreta por parte dos órgãos judiciais quando se deva aplicar a lei que se estime contrária a um tratado internacional, considerando-o como uma mera questão de seleção normativa, o que, em seu caso, poderia ser impugnado com amparo no artigo 24.1 da Constituição espanhola em caso de arbitrariedade ou inexistência de razoabilidade. No entanto, não deixa de resultar paradoxal



que no contexto de uma crescente propensão ao controle abstrato de normas com fundamento em razões de segurança jurídica, o único controle abstrato que permaneça livre de qualquer questionamento seja o controle de convencionalidade das normas com força de lei que, se não pode ser exercido pela jurisdição ordinária, tampouco este Tribunal está possibilitando que se exerça por meio do recurso de inconstitucionalidade ou da questão de inconstitucionalidade pela invocação dos artigos 9.1 ou 96 da Constituição Espanhola”.

Em verdade, os receios dogmáticos (e jurisdicionais) se apresentam ainda mais injustificados porque, na prática (e o cálculo não pode ser estatisticamente mais simples, devido à sua natureza excepcional), o exercício responsável do controle de convencionalidade será operado em casos isolados nos quais a norma internacional (e, acima de tudo, a jurisprudência internacional correspondente) ofereça clareza e certeza em relação à questão controversa, como será ilustrado em continuação no campo dos direitos sociais.

1.2 A positiva experiência pujante da jurisdição ordinária em matéria de direitos sociais e a recente consagração do controle de convencionalidade pelo Tribunal Constitucional espanhol.

A atual e promissora prática da jurisdição ordinária espanhola no terreno dos direitos sociais se viu dinamizada pela assunção do parâmetro da Carta Social Europeia do Conselho Europeu e a jurisprudência de sua instância máxima de garantia – o Comitê Europeu de Direitos Sociais - (Bonet Pérez, 2016a: 22, e Bonet Pérez, 2016b: 122-127) no contexto da crise econômica e por referência a dois âmbitos controvertidos, a saber, flexibilidade no mercado laboral e flexi-segurança no sistema de aposentadorias por conta de diversas decisões adotadas pelo referido órgão frente à Grécia.

Com relação ao primeiro âmbito, o Comitê Europeu de Direitos Sociais proferiu no ano de 2012 as duas primeiras decisões que abordam frontalmente a problemática das medidas “anti-crise” de austeridade e flexibilidade do mercado de trabalho, adotadas sob a



imposição da Troika (Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional). Tratam-se das duas decisões de fundo do Comitê de 23 de maio de 2012 de resolução das Reclamações coletivas nº 65/2011 e nº 66/2011 (ambas contra a Grécia, formuladas pelos sindicatos gregos *Federação geral dos empregados das companhias públicas de eletricidade* e *Confederação de sindicatos de funcionários públicos*).

Na primeira decisão (Reclamação nº 65/2011), o Comitê Europeu concluiu que se havia produzido uma violação do artigo 4.4 da Carta Social, porquanto a lei nacional que autorizava a dispensa sem aviso prévio e sem indenização aos assalariados com contrato de duração indeterminada durante um período inicial de doze meses é incompatível com tal disposição da Carta. Na segunda decisão (Reclamação nº 66/2011), o Comitê chegou à conclusão de violação a diversas disposições da Carta Social (arts. 4.4, 7.7, 10.2 e 12.3), ao analisar as disposições restritivas sobre férias anuais, sistemas de aprendizagem e formação, e cobertura da seguridade social nos chamados “contratos de aprendizagem especiais” para assalariados entre 15 e 18 anos, assim como as disposições referentes à irrisória remuneração (um pequeno percentual do salário mínimo nacional) suscetível de ser recebida por assalariados recém-incorporados ao mercado de trabalho, menores de 25 anos.

O interessante de ambas as decisões é que o Comitê Europeu estabeleceu uma espécie de ponderação das medidas de flexibilização com a salvaguarda prioritária da dignidade dos trabalhadores e trabalhadoras⁶. Ambas as decisões (o mesmo que as cinco

⁶ Em síntese, o Comitê sustentou em sua argumentação jurídica: “A crise econômica não se deve traduzir em uma redução da proteção dos direitos reconhecidos pela Carta. Os Governos devem, portanto, adotar todas as medidas necessárias para conseguir que esses direitos sejam efetivamente garantidos no momento em que a necessidade de proteção se faz sentir mais (...) se a crise pode legitimamente conduzir, em um ou outro âmbito, a reorganizar os dispositivos normativos e as práticas vigentes com vista a limitar alguns custos para os cofres públicos ou a aliviar as cargas que pesam sobre as empresas, semelhante reorganização não deveria traduzir-se em uma precarização excessiva dos beneficiários dos direitos reconhecidos pela Carta. O Comitê considera que uma maior flexibilidade do trabalho para lutar contra o desemprego não pode acarretar privação a amplas categorias de assalariados, singularmente aqueles que já não são titulares de empregos estáveis por um longo tempo, de seus direitos fundamentais em matéria laboral, contra a arbitrariedade do empregador ou as vicissitudes da conjuntura. É precisamente à instauração e manutenção de tais direitos, nos dois âmbitos mencionados, que tendem as disposições da Carta. Renunciar a tais garantias teria como efeito, além disso, não somente fazer recair sobre os assalariados indevidamente uma parte excessiva das consequências da crise, mas também, e inclusive, aceitar efeitos procíclicos suscetíveis de agravar a crise e de aumentar a carga dos regimes sociais, em particular os assistenciais, a menos que isso não signifique compensar a perda de recursos



decisões de 07 de dezembro de 2012 sobre a drástica redução de aposentadorias na Grécia, *infra*) gozaram de certa aplicação por parte dos órgãos jurisdicionais nacionais e grande eco midiático, na medida em que o Governo grego incidia no argumento de haver adotado tais medidas por imposição da Troika, o que suscita as possíveis divergências de enfoque entre o Conselho da Europa e a União Europeia (JIMENA QUESADA, 2016).

O que aconteceu na Espanha? O Tribunal Constitucional viu-se plenamente confrontado com esse tipo de medida anti-crise pelo recurso de inconstitucionalidade nº 5603-2012, interposto pelo Parlamento de Navarra contra diversos preceitos da Lei 3/2012, de 06 de julho, sobre medidas urgentes para a reforma trabalhista, resolvida no sentido de indeferimento por meio da sentença nº. 119/2014, de 16 de julho. No recurso se denunciava que, para além da pretendida superação da rigidez do mercado de trabalho (com a nova modalidade de “contrato de trabalho por tempo indeterminado de apoio aos empreendedores” – análogo ao examinado pelo Comitê Europeu em relação à Grécia) e a flexibilização da regulação das instituições trabalhistas (nova regulação da dispensa ou inaplicação na empresa dos acordos coletivos aplicáveis, assim como uma arbitragem obrigatória), a reforma resultaria “mais incisiva e de maior envergadura, até o ponto que em alguns aspectos constituiria uma ruptura com o modelo constitucional das relações laborais”. (antecedente 2).

A Sentença do Tribunal Constitucional núm. 119/2014 conta com um contundente voto particular divergente subscrito por vários magistrados constitucionais que de fato fazem eco à normativa e à jurisprudência internacionais. O preocupante é que o Tribunal estabeleceu um parâmetro constitucional divergente em relação à norma europeia mais favorável (SALCEDO BELTRÁN, 2016b, p. 57-62; SANTIAGO RIVERA, 2016, p. 309-364; VALDÉS DAL-RÉ, 2016, p. 63-65). E tal brecha não deveria ser produzida, pela simples razão de que, como se indicava, o parâmetro europeu também é parâmetro constitucional (imposto pelos artigos 10.2 e 93 a 96 da Constituição), e, conseqüentemente, parâmetro que se impõe à própria Corte Constitucional (MOLINA NAVARRETE, 2014, p. 183-190).

ligada ao retrocesso de atividades, o que implicaria um ataque às obrigações da Carta em matéria de proteção social”.



Em particular, no plano judicial ordinário, alguns órgãos jurisdicionais espanhóis chegaram a exercer o controle de convencionalidade com apoio explícito nessa decisão de 23 de maio de 2012 (Reclamação nº 65/2011) para, fazendo valer a prevalência de um tratado (à época, a Carta Social Europeia) sobre a citada legislação de reforma do mercado de trabalho de 2012, descartando a aplicação desta última: essa postura foi inaugurada na Sentença nº 412/2013, de 19 de novembro de 2013, do Tribunal Social nº 2 de Barcelona (procedimento nº 426/2013 em matéria de dispensa) e foi seguida com diversa intensidade por outros órgãos jurisdicionais da ordem social. O curioso é que, inclusive após a Sentença do Tribunal Constitucional núm. 119/2014, seguiu-se aplicando o critério convencional estabelecido pelo Comitê Europeu no âmbito da jurisdição ordinária (por exemplo, Sentença nº 352 de 5 de novembro de 2014 do Tribunal Social nº 3 de Barcelona, procedimento de dispensa nº 116/2014; esse critério também foi seguido em apelação ou recurso por alguns Tribunais Superiores de Justiça⁷, sem que o Tribunal Supremo tenha se pronunciado a respeito da questão de fundo⁸), ressaltando essas disposições constitucionais e o valor da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, uma internacionalização do nosso ordenamento constitucional que, aliás, foi consolidada e reforçada pela recente Lei 25/2014 de 27 de novembro, de Tratados e outros Acordos internacionais.

⁷ Entre outros, pela Sala do Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (por exemplo, sentenças datadas de 28 de janeiro, 30 de março e 18 de abril de 2016, nos recursos de apelação, respectivamente, núm. 581/2015, núm. 989/2015 e núm. 110/2016), ou pelo Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid; por exemplo, sentença de 26 de setembro de 2015, recurso de apelação núm. 1527/2016).

⁸ Com efeito, a Resolução de 04 de novembro de 2015 da Câmara Social do Supremo Tribunal Federal decidiu declarar a inadmissibilidade do recurso de cassação pela unificação de doutrina apresentada por um empregado contra a decisão proferida pela Câmara Social do Superior Tribunal de Justiça. Justiça da Catalunha datado de 02 de dezembro de 2014 (pedido de apelação nº 5253/14, arquivado pela empresa condenada na instância) em resposta ao julgamento da Corte de Assuntos Sociais no. 1 da Mataró datada de 9 de abril de 2014 (processo de cassação nº 492/2013). Este acórdão do Tribunal do Trabalho havia sido condenatório e declarou a rescisão do contrato por tempo indeterminado pelos empregadores do trabalhador recorrente que deveria ter sido qualificada como dispensa sem justa causa (ele tinha começado a prestar os seus serviços em 14 de maio de 2012, notificando-lhe a empresa em 26 de abril 2013 da rescisão do seu contrato com efeitos a partir de 13 de maio de 2013, por não ter sido bem-sucedido no período de experiência). O interessante da sentença do Tribunal do Trabalho é que, em uma plausível argumentação jurídica que revela uma apreensão correta do sistema constitucional de fontes e, particularmente, do direito do trabalho, se exclui a aplicação da disposição (artigo 4.3) da Lei 3/2012, de 06 de julho, da reforma do mercado de trabalho que estabeleceu esta figura contratual em descumprimento ao artigo 4.4 da Carta Social à luz da decisão da Comissão Europeia dos Direitos Sociais da resolução de 23 de maio de 2012 de Reivindicação No. 65/2011 emitido contra a Grécia. Com isso, o tribunal de instância exerceu com determinação e convicção o controle da convencionalidade.



Além disso, esse critério da jurisdição ordinária exercendo acertadamente o controle de convencionalidade tampouco entra em colisão com outro parâmetro europeu (o da União Europeia), na medida em que o Tribunal de Justiça de Luxemburgo decidiu simplesmente evitar a problemática e declarar-se incompetente para processar o controverso contrato para apoiar empreendedores (Sentença de 05 de fevereiro de 2015, *Nisttahuz Poclava*, assunto C 117/14)⁹. De resto, mesmo para aqueles que entenderam (erroneamente) que as decisões do Comitê Europeu dos Direitos Sociais de 2012 contra a Grécia não eram transponíveis para a Espanha (porque o nosso país não aceitou o procedimento coletivo de reclamações), este pretexto tampouco se revelou útil após o desfecho frente à Espanha (no âmbito do sistema de notificação) em janeiro de 2015, onde, precisamente com o apoio na decisão relativa ao pedido n.º 65/2011 contra a Grécia, declarou explicitamente que "o n.º 3 do artigo 4.º, da Lei 3/2012 não está em conformidade com o artigo 4.4 da Carta de 1961".

No que concerne ao segundo âmbito, em fins de dezembro de 2012 foram adotadas pelo Comitê Europeu cinco novas decisões de fundo (07 de dezembro de 2012) resolvendo as reclamações n.º 76 a 80/2012 que denunciavam as leis anti-crise de 2010 adotadas na Grécia impondo uma redução drástica das aposentadorias tanto no setor público como no privado; todas elas concluíram que havia sido violado o artigo 12 da Carta Social (direito da Seguridade Social)¹⁰.

É interessante trazer à colação a fundamentação jurídica comum de tais decisões:

⁹ Na referida sentença, o Tribunal de Luxemburgo se declarou incompetente para processar o controverso contrato para apoiar empreendedores (um ano de período de experiência com possibilidade de dispensa sem aviso prévio nem indenização) previsto pelo artigo 4.3 da Lei espanhola 3/2012 de 06 de julho, da reforma do mercado de trabalho. Uma modalidade contratual análoga, introduzida anteriormente na Grécia da mesma forma por influência da Troika, que havia sido declarada pelo Comitê Europeu contrária ao artigo 4.4 da Carta Social Europeia de 1961 (ratificada pela Espanha em 1980) mediante sua Decisão de 24 de maio de 2012 (Reclamação coletiva núm. 65/2011).

¹⁰ Reclamação núm. 76/2012, *Federação de aposentados assalariados da Grécia c. Grécia*; Reclamação núm. 77/2012, *Federação Pan-helênica de aposentados da função pública c. Grécia*. Reclamação núm. 78/2012, *Sindicato dos aposentados do pessoal ferroviário de Atenas-Piraeus c. Grécia*; Reclamação núm. 79/2012, *Federação Pan-helênica de aposentados da empresa pública de eletricidade c. Grécia* e Reclamação núm. 80/2012, *Sindicato de aposentados do Banco agrícola da Grécia c. Grécia*.



1º. O Artigo 12 da Carta Social Europeia é concebido mais em termos de progressividade do que de regressão. Mas, se as restrições forem estabelecidas, elas não devem levar à precarização ou empobrecimento da população afetada¹¹.

2º O Governo grego não demonstrou que, a pretexto das medidas de austeridade impostas pela Troika, tentou adotar medidas alternativas menos onerosas para a população afetada.

3º. O Governo não provou que houve consulta e diálogo com os interlocutores sociais em um âmbito tão essencial.

4ª Em suma, o efeito cumulativo de todos esses *déficits*, juntamente com as reduções nas próprias aposentadorias, faz repousar exclusivamente sobre os aposentados, na sua qualidade de contribuintes, as consequências da crise econômica de maneira injustificada e contrária à Carta Social Europeia.

Novamente, frente a este parâmetro europeu, a jurisdição constitucional espanhola adotou decisões divergentes, como colocam à luz as Sentenças núm. 49/2015, de 05 de março e núm. 95/2015, de 14 de maio, reveladoras desse enfoque deficitário. Nelas se substanciaram, respectivamente, um recurso de inconstitucionalidade¹² e uma questão de inconstitucionalidade¹³ frente ao artigo 2.1 do Real Decreto Lei 28/2012, de 30 de novembro, de medidas de consolidação e garantia do Sistema de Seguridade Social, mediante o qual se deixava sem efeito para o exercício 2012 a atualização das

¹¹ Qual foi o escopo dessas reduções ou restrições? Para o Comitê Europeu de Direitos Sociais, embora alguns prêmios ou parte dos pagamentos extras (na Páscoa, Natal e férias) pudessem ser reduzidos, as aposentadorias de base e complementares não poderiam ser reduzidas tão drasticamente como tem sido feito (percentagem entre 20% a 50%, dependendo do valor da aposentadoria), pois isso não apenas é contrário a essa obrigação dos Estados de estabelecer progressivamente um regime de seguridade social de nível mais elevado (artigo 12.3 da Carta Social), mas também afasta em muitos casos de situações vulneráveis (aposentarias mais baixas) da obrigação de proteção social para idosos (artigo 4º do Protocolo de 1988), para que não caiam abaixo do limite mínimo de risco da pobreza, para o qual o Comitê Europeu toma como referência 50% do rendimento médio ajustado estabelecido pelo Eurostat com base na riqueza e na situação econômica de cada país.

¹² Recurso de inconstitucionalidade núm. 1114-2013, interposto por mais de 50 deputados integrantes dos Grupos Parlamentares Socialista, Esquerda Unida, Iniciativa pela Catalunha Verds-Esquerria Unida e Alternativa, Junta Aaragonesista, a Esquerda Plural, Partido Nacionalista Basco, Convergência e União e União Progresso e Democracia.

¹³ Questão de inconstitucionalidade núm. 7494-2013, manejada pela Sala do Social do Tribunal Superior de Justiça do País Basco.



aposentadorias prevista na Lei de Classes Passivas do Estado (Lei de Aposentados do Estado – n.t.) (Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril) e na Lei Geral de Seguridade Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junho). Os dois pronunciamentos constitucionais são de improcedência e contam com opiniões divergentes similares às expressadas frente à Sentença núm. 119/20174. E novamente, também neste terreno alguns órgãos da Jurisdição Ordinária, tanto o Tribunal Superior de Justiça (Sala do Social)¹⁴ como o Tribunal Social¹⁵, decidiram exercer o controle de convencionalidade. O qual, por certo, veio reconhecido claramente e sem paliativos pelo Tribunal Constitucional mediante sua recente Sentença nº 140 de 20 de dezembro de 2018, que logicamente abre novas perspectivas para a salvaguarda dos direitos sociais¹⁶.

2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E DIREITOS SOCIAIS EM PERSPECTIVA COMPARADA LATINO-EUROPEIA

2.1 A praticamente consolidada experiência francesa

Já fora mencionado que o ordenamento constitucional francês reconheceu claramente no artigo 55 de sua Constituição de 1958 o caráter supralegal dos tratados e o

¹⁴ Sentença do Tribunal Superior de Justiça de Castilla-La Mancha (Sala do Social, Albacete) núm. 1040 de 06 de outubro de 2015 (recurso núm. 694/15), Fundamento Jurídico 3º.

¹⁵ Sentença do Tribunal do Social núm. 12 de Barcelona núm. 287 de 04 de setembro de 2015 (recurso núm. 220/2014), Fundamento Jurídico 4º, no qual se alude expressamente às Decisões do Comitê Europeu de Direitos Sociais de 07 de dezembro de 2012 sobre redução nas aposentadorias.

¹⁶ Em concreto, o controle de convencionalidade se consagra de forma conclusiva no extenso e argumentado FJ 6 da dita STC 140/2018, de 20 de dezembro, sintetizando-se o referido controle nesses termos: “O marco jurídico constitucional existente erige, pois, ao controle de convencionalidade no sistema espanhol em uma mera regra de seleção de direito aplicável, que corresponde realizar, em cada caso concreto, aos juízes e magistrados da jurisdição ordinária. Como vem estabelecendo de forma incontrovertida a jurisprudência prévia, a determinação de qual seja a norma aplicável ao caso concreto é uma questão de legalidade que não compete resolver o Tribunal Constitucional, mas, em princípio, aos juízes e tribunais ordinários em exercício da função jurisdicional para, com caráter exclusivo, é atribuída nos termos do artigo 117.3 CE (por todas SSTC 49/1988, de 22 de março, FJ 14 e 180/1993, de 31 de maio, STC 102/2002, FJ 7), assim como a análise de compatibilidade entre uma norma interna e uma disposição internacional. Isso pressupõe que, em aplicação à prescrição contida no artigo 96 CE (Constituição Espanhola), qualquer juiz ordinário pode rechaçar a aplicação de uma norma interna com força de lei para aplicar de modo preferencial a disposição contida em um tratado internacional sem que tal decisão implique a expulsão da norma interna do ordenamento, como resultaria óbvio, mas do contrário haja mera inaplicação ao caso concreto”.



controle de convencionalidade. Concretamente, ao realizar o escopo da dita disposição constitucional, a doutrina francesa constatou que "sob a V República, os tratados ou acordos internacionais de entrada mostram uma posição privilegiada na hierarquia das normas legais, acima da lei" (FORMERY, 2003, p. 108-109).

O caso é que as instâncias jurisdicionais supremas, da Justiça ordinária, primeiro, e da Justiça administrativa, depois, foram consistentes há décadas sobre o controle de convencionalidade derivado de tal base constitucional. Com efeito, "em não estando habilitada qualquer jurisdição para censurar a lei no sistema francês, restava por saber se as jurisdições administrativa e judicial iriam mostrar-se dispostas a aceitar a possibilidade de descartar sua aplicação no caso de se haver adotado em contradição a uma norma internacional já em vigor. A Corte de Cassação tomou partido rapidamente nesse sentido (24 de maio de 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*) fazendo prevalecer a norma internacional sobre a lei. Pelo contrário, o Conselho de Estado, em nome do respeito absoluto da norma legislativa rejeitou, até 1989, examinar a compatibilidade com um compromisso internacional de uma lei posterior a tal compromisso. Desde a *Sentença Nicolo* (Conselho do Estado, 20 de outubro de 1989), um controle efetivo da norma estabelecida no artigo 55 fica assegurado pelas duas ordens jurisdicionais ordinárias. Mas se trata de um controle por via de exceção da lei, que resta descartada pontualmente pelo juiz e não desaparece do ordenamento jurídico" (FORMERY, 2003, p. 110).

A consolidação desse controle de convencionalidade na experiência francesa vem meridianamente ilustrada precisamente no âmbito dos direitos sociais pelos órgãos jurisdicionais laborais em virtude da reforma introduzida em 2017 no Código do Trabalho (artigo L. 1235-3-1 do *Code du Travail*) em matéria de estabelecimento de limite das indenizações por dispensa abusiva (*plafonnement des indemnités pour licenciement abusif*). Em particular, desde o final de 2018 já havia numerosos pronunciamentos dos *Conseils de Prud'hommes* mediante os quais se decidiu pela não aplicação da norma nacional controvertida por ser contrária ao artigo 10 da Convenção nº 158 da OIT sobre terminação



da relação de trabalho e o artigo 24 da Carta Social Europeia revisada (MOULY, 2019, p. 122; PEYRONNET, 2019)¹⁷.

Apesar da experiência do controle da convencionalidade no sistema constitucional francês (mais consolidado do que o mais recente controle de constitucionalidade difuso operado pelos tribunais), a relevância dos direitos sociais revelou deficiências no sistema de justiça francês na época da decisão pelo padrão mais favorável do Conselho da Europa (mais uma vez, a Carta Social e a jurisprudência do Comitê Europeu dos Direitos Sociais) contra o mais restritivo da União Europeia (que exerceu uma *vis attractiva* incoerente neste caso com o princípio *favor libertatis* ou *pro personae*). Resulta imperioso que a Carta Social Europeia e as decisões do Comitê deixem de ser "moderadamente desvalorizadas" (STANGOS, 2017, p. 3).

Sobre esse ponto, as estratégias processuais dos órgãos jurisdicionais nacionais são determinantes no momento de exercer uma vontade positiva tendente a fazer valer o patamar mais favorável. Ilustrarei com um exemplo crítico, que mostra que a justiça francesa (neste caso, a Corte de Cassação) poderia ter aplicado a solução mais favorável já assentada pelo Comitê Europeu dos Direitos Sociais (exercendo sua rica experiência precedente sobre o exercício direto do controle de convencionalidade) em lugar de suscitar um controle indireto e diferido impetrando uma arriscada e desnecessária questão prejudicial ante o Tribunal de Justiça da União Europeia que poderia resultar (como assim sucedeu) em uma solução mais restritiva.

Esse risco se verificou com base na Sentença do Tribunal de Justiça de 15 de janeiro de 2014 (*Association de médiation sociale*, assunto C-176/2012), que impôs à causa do pedido de decisão prejudicial formulada pela Corte de Cassação francesa a determinados limiares de trabalhadores assalariados no âmbito de um litígio entre a associação e vários agentes sindicais, relativo à sujeição da constituição de entidades representativas de pessoal; isto à luz da Diretiva 2002/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de

¹⁷ Em outros trechos, destacam os citados autores as sentenças dos *conseils de prud'hommes* de Le Mans de 26 de setembro de 2018 (nº 17/00538), Troyes de 13 de dezembro de 2018 (nº 18/00036), Caen de 18 de dezembro de 2018 (nº 17/00193), Amiens de 19 de dezembro de 2018 (nº 18/00040), Lyon de 21 de dezembro de 2018 (nº 18/01238) y Grenoble de 19 de janeiro de 2019 (nº 18/00989).



Março de 2002, que estabelece um quadro geral de informação e consulta dos trabalhadores na Comunidade Europeia, e do direito fundamental à informação e consulta dos trabalhadores na empresa do artigo 27º da Carta dos Direitos Fundamentais.

As vicissitudes processuais nacionais foram precedidas por uma controversa prejudicialidade ante o Conselho Constitucional (uma questão prioritária de constitucionalidade que foi resolvida por este em 29 de abril de 2011 declarando que o artigo L. 1111-3 do Código do Trabalho era conforme a Constituição Francesa)¹⁸, cuja decisão curiosamente não foi acatada pelo órgão jurisdicional de primeira instância (o Tribunal de Instância de Marselha, que decidiu descartar a aplicação desse dispositivo constitucional dando primazia ao Direito da União Europeia). Posteriormente, em via recursal, a Corte de Cassação francesa formulou a questão prejudicial que deu origem à Sentença do Tribunal de Justiça de 15 de janeiro de 2014.

Isto corroborou substancialmente a posição do tribunal de instância ao rejeitar o cânone estabelecido pelo Conselho Constitucional (parágrafo 29)¹⁹, dando um salto qualitativo, não negligenciável, ao descartar não só o efeito direto entre os particulares da Diretiva 2002/14 (pontos 30 a 41)²⁰, mas ainda mais decepcionante, o mesmo efeito horizontal do artigo 27º da Carta dos Direitos Fundamentais (LAZZERINI, 2014).

Com tal proceder, o Tribunal de Justiça não apenas se afastava da razoável – e, a meu entender, acertada – leitura combinada da dita Diretiva e do artigo 27 da Carta dos Direitos Fundamentais incluída nas Conclusões do Advogado Geral Pedro Cruz Villalón²¹ - argumento de autoridade saudado pela doutrina - (MILLÁN MORO, 2014; WARD, 2014; BUFFA, 2015;

¹⁸ Assim se retira dos parágrafos 17 e 18 da Sentença do Tribunal de Justiça de 15 de janeiro de 2014.

¹⁹ Ao teor do parágrafo 29 da Sentença do Tribunal de Justiça de 15 de janeiro de 2014, “há de se concluir que o artigo 3, parágrafo 1, da Diretiva 2002/14 deve interpretar-se no sentido de que se opõe a uma disposição nacional como o artigo L. 1111-3 do Código de Trabalho, que exclui aos trabalhadores titulares de ‘contratos de trabalho apoiado’ do cômputo de pessoal da empresa para determinação do número de trabalhadores requerido legalmente para constituir órgãos de representação de pessoal”.

²⁰ A decisão da Sentença do Tribunal de Justiça de 15 de janeiro de 2014 dispõe que o artigo 27 da Carta dos Direitos Fundamentais “por si só ou em conjunto” com a Diretiva 2002/14/CE “devem interpretar-se no sentido de que, quando uma disposição nacional de transposição dessa Diretiva, como o artigo L. 1111-3 do Código de Trabalho francês, é incompatível com o Direito da União, esse artigo da Carta não pode ser invocado em um litígio entre particulares para excluir a aplicação dessa disposição nacional”.

²¹ Parágrafos 97 e 98 das Conclusões de Pedro Cruz Villalón.



LAULOM, 2014), mas também do efeito útil do equivalente artigo 21 da Carta Social Europeia revisada de 1996²². A esse último respeito, em suas conclusões publicadas em janeiro de 2015, o Comitê Europeu condenou a França pelos mesmos motivos que os expressados no parágrafo 29 da Sentença do Tribunal de Justiça da União Europeia de 15 de janeiro de 2014, mas logicamente por desconformidade do artigo L. 1111-3 do Código de Trabalho com o citado artigo 21 da Carta Social²³.

A leitura que, em minha opinião, segue do exposto é clara: primeiramente, o Tribunal de Instância de Marselha poderia ter deixado de aplicar o controverso artigo L. 1111-3 do Código laboral (previamente declarado conforme a Carta Magna francesa pelo Conselho Constitucional), não tanto por acudir aos princípios da primazia e do efeito direto do Direito da União Europeia, mas exercendo o controle de convencionalidade com apoio no artigo 21 da Carta Social; e, em segundo termo, a própria Corte de Cassação poderia ter omitido o desnecessário oferecimento da questão prejudicial comunitária, exercendo esse mesmo controle de convencionalidade para alcançar a solução de aplicação horizontal do citado artigo 21, evitando, assim, o restritivo julgamento em tal sentido do Tribunal de Justiça.

Ao fim, semelhante linha argumentativa se revela tanto mais praticável na França porque, como se vem reiterando, no país vizinho o controle de convencionalidade está sendo exercido com naturalidade (PACTEAU, 2004; DE LAMY, 2009) ante a ausência da questão de inconstitucionalidade até há poucos anos (BON, 2009, p. 321). E, de fato, tanto a Corte de Cassação como instâncias jurisdicionais inferiores francesas contam já com experiência em matéria de controle de convencionalidade com apoio na Carta Social e na jurisprudência do Comitê Europeu em âmbitos como as guardas localizadas/*périodes d'astreinte* ou o sistema de remuneração por quantia global/ *forfait en jours* (MINÉ, 2011; JOHANSSON, 2012).

²² Veja-se nesse sentido o parágrafo 52 das Conclusões de Pedro Cruz Villalón.

²³ Conclui o Comitê: “a exclusão, estabelecida pelo artigo L. 1111-3 do Código dos trabalhadores titulares de contratos apoiados ou tutelados pelo cálculo do efetivo da empresa – cálculo necessário para a determinação dos numerários mínimos que permitem a criação de instituições representativas do pessoal que assegurem a informação e a consulta dos trabalhadores – não é conforme a Carta” [ao artigo 21 da Carta Social Europeia revisada].



2.2 O peso entrecruzado do parâmetro comunitário europeu na Itália

No sistema de controle constitucional italiano, até poucos anos ancorado no dualismo, o controle de convencionalidade foi analisado como temática mais recente associada especialmente em um primeiro momento ao papel da justiça ordinária com relação à Convenção Europeia de Direitos Humanos e ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (MIRATE, 2007). Neste caso, como no caso francês, na Itália ganhou também peso entrecruzado o parâmetro comunitário europeu (MONTANARI, 2003, p. 143), com soluções relutantes ao exercício do controle de convencionalidade e também mais restritivas para o gozo efetivo dos direitos sociais.

Argumento em continuação esta crítica. Em particular, até datas recentes, inclusive a Corte de Cassação italiana utilizava frases recorrentes com relação à Carta Social Europeia que evocavam essa postura reacionária (GUIGLIA, 2013, p. 23) - em contraste com países como França, Bélgica ou Holanda - (NIVARD, 2016), com expressões do tipo “as disposições da Carta não têm eficácia direta no ordenamento interno dos Estados convenientes, mas se concretizam em compromissos jurídicos de caráter internacional nas relações entre os mesmos Estados, a quem por isso mesmo lhes é exigido o cumprimento dos princípios e direito nela contemplados, com ampla discricionariedade quanto a modos, prazos e meios”²⁴. Sem embargo, esse caráter relutante é criticado na doutrina italiana, que aponta cada vez mais a uma garantia integrada dos direitos humanos extraída de vários níveis internacionais (GUIGLIA, 2014; OLIVERI, 2007; PANZERA, 2015).

Neste cenário, a recente Sentença nº 194 de 25 de setembro de 2018 da Corte Constitucional italiana, que declara a inconstitucionalidade da limitação da indenização por dispensa estabelecida no artigo 3º, parágrafo 1, do Decreto-lei nº 87 de 12 de julho de 2018 sobre disposições urgentes para a dignidade dos trabalhadores e das empresas (*Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese*), norma conhecida na Itália com o anglicismo “Jobs Act”, toma em consideração no seu fundamento jurídico 14 “a idoneidade

²⁴ Corte cass. civile, VI sez., 13 de julho de 2016, núm. 14340.



da Carta Social Europeia para integrar o parâmetro do artigo 117, parágrafo primeiro, da Constituição, e também reconheceu a autoridade das decisões do Comitê [Europeu de Direitos Sociais], ainda que não vinculantes para os juízes nacionais (Sentença nº 120 de 2018)”. Por conseguinte, a Corte Constitucional estabelece um delicado equilíbrio, por um lado, ao declarar esse caráter vinculante das decisões do Comitê Europeu de Direitos Sociais e, por outro lado, ao destacar nesse mesmo fundamento jurídico 14 a relevância interpretativa da Carta Social Europeia revisada, porque “evidentemente, o artigo 24 [da Carta], que se inspira na já mencionada Convenção nº 158 de 1982 da OIT, especifica no plano internacional, em harmonia com o artigo 35, parágrafo terceiro, da Constituição, com respeito à dispensa injustificada, a obrigação de garantir a adequação da indenização”. Como consequência, na doutrina critica-se que a Corte Constitucional fez o mínimo que poderia fazer, reafirmando a posição da Carta Social como “fonte interposta”, mas limitando ao mesmo tempo notavelmente seu alcance aplicativo ao debilitar a jurisprudência da “custódia” dos direitos reconhecidos na Carta, a dizer, o Comitê Europeu de Direitos Sociais (FONTANA, 2018, p. 25).

Por seu lado, retornando ao entrecruzamento (*rectius*; interferência) do parâmetro comunitário europeu, é verdade que o próprio Tribunal de Justiça de Luxemburgo não tem contribuído com a potencialização do controle de convencionalidade, ao recusar equipará-lo à primazia do Direito da União Europeia. Semelhante postura vem ilustrada pela Sentença do Tribunal de Justiça de Luxemburgo (Gran Sala) de 24 de abril de 2012 (caso *Servet Kamberaj*, assunto C-517/10), na qual se conclui que “a referência que faz o artigo 6º do Tratado da União Europeia, parágrafo 3º, à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, feito em Roma em 04 de novembro de 1950, não obriga o juiz nacional, em caso de conflito entre uma norma de Direito nacional e dita Convenção a aplicar diretamente as disposições da Convenção e a não aplicar a norma de Direito nacional incompatível com a mesma”.

A questão não era menor em termos de diálogo entre jurisdições europeias e proteção multinível de direitos, pois versava sobre a denegação de solicitação de moradia a



um residente europeu extracomunitário (albanês) de longa duração pelo esgotamento do orçamento aprovado pela Província autônoma de Bolzano para a concessão de dita ajuda aos nacionais de países terceiros. Na questão prejudicial formulada pelo órgão jurisdicional italiano se suscitou a possível sinergia entre os artigos 21 (não discriminação) e 34 (seguridade social e ajuda social) da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o princípio da não discriminação reconhecido pelos artigos 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e 1º do Protocolo nº 12 à Convenção Europeia, sem que, não obstante, fosse levado em consideração o parâmetro mais específico e importante neste terreno como é o artigo 31 da Carta Social Europeia revisada (direito à moradia) e a jurisprudência do Comitê Europeu de Direito Social na matéria²⁵.

Resumindo, tal como critiquei no caso francês, a estratégia processual da justiça italiana poderia consistir em aplicar diretamente o parâmetro mais favorável da Carta Social Europeia exercendo o controle de convencionalidade, em lugar de suscitar essa desnecessária e arriscada questão prejudicial ante o Tribunal de Justiça da União Europeia. Pois, finalmente, a postura do Tribunal de Justiça não se mostrou entusiasta com essa tutela multinível de direitos retirada no próprio Título VII da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, nem tampouco muito coerente com as noções de parâmetro mínimo e cláusula *favor libertatis* a que apontam os artigos 52.3 e 53 dessa Carta Europeia de Direitos.

2.3 A influência condicionante do controle de constitucionalidade em Portugal

No ordenamento e na doutrina portuguesas não parece arraigada a temática do controle de convencionalidade, talvez pelo amplo alcance de seu sistema de controle de constitucionalidade (DUARTE, 2008, p. 259), que vem se mostrando também bastante incisivo em matéria de direitos sociais, inclusive no contexto da crise econômica (como se identifica em continuação). Por tal razão, ao se haver explorado com caráter evolutivo os

²⁵ De fato, nas Explicações do *Praesidium* anexas à Carta dos Direitos Fundamentais se diz explicitamente, com respeito ao artigo 34 que “o parágrafo 3º se inspira no artigo 13 da Carta Social Europeia e nos artigos 30 e 31 da Carta Social revisada”.



dispositivos de produção interna ante o próprio Tribunal Constitucional português depurando a legislação interna que pudesse manifestar também potenciais dúvidas de contrariedade com os parâmetros internacionais de direitos sociais, o controle de convencionalidade pela justiça ordinária ficou relegado a um plano secundário; isso para além de uma ulterior supervisão constitucional do eventual exercício de controle de convencionalidade (DUARTE, 2008, p. 264).

Dito isto, interessa aludir a duas sentenças do Tribunal Constitucional português cuja jurisprudência apresenta diversas analogias com a estabelecida pelo Comitê Europeu de Direitos Sociais em suas já citadas cinco decisões de 07 de dezembro de 2012 sobre o sistema grego de aposentadorias (reclamações nº 76 a 80/2012).

A primeira sentença portuguesa é a Decisão nº 353 de 03 de julho de 2012, cujo objeto de controvérsia foram diversas disposições da lei de orçamentos para 2012 mediante as quais se suspendia entre 2012 e 2014 o abono dos pagamentos extraordinários que se fazem efetivos no Natal e nos meses de férias para salários públicos e aposentadorias, justificando o legislador tais medidas em nome do respeito aos limites de déficit orçamentário (4,5% do PIB em 2012) fomentado pelos memorandos da Troika. A Corte Constitucional lusa declarou inconstitucionais algumas dessas medidas sobre a base de argumentação conjunta com apoio nos princípios de segurança jurídica, proporcionalidade e igualdade, porquanto deveriam limitar-se os sacrifícios impostos às mesmas categorias de pessoas em comparação com outras não afetadas pelas medidas, dado que essa diferença de tratamento resultava desproporcional.

A segunda resolução portuguesa guarda direta conexão com a anterior, pois tem sua origem precisamente na declaração de inconstitucionalidade precedente, por meio da qual o legislador tentou adotar novas medidas que conciliariam o duplo objetivo de lutar contra o déficit e de evitar uma nova censura por parte do Tribunal Constitucional. Trata-se da Decisão nº 187 de 05 de abril de 2013, mediante a qual se censurou novamente os cortes de salários de funcionários públicos e as pensões de aposentadoria por violação ao princípio da igualdade (ao não se ponderar devidamente a justa distribuição dos encargos públicos) e



pela vulneração ao princípio da proporcionalidade como consequência dos efeitos acumulativos e contínuos dos sacrifícios impostos aos trabalhadores do setor público e aos aposentados. Igualmente aconteceu com as decisões do Comitê Europeu dos Direitos Sociais, extremamente complexas quanto a seu exame, se tem apontado que a Decisão nº 187 de 2013 do Tribunal Constitucional português é uma das resoluções “mais difíceis da *jurisprudência de crise*”, não somente pela extensão dos motivos impugnatórios, mas também pela “complexidade das questões constitucionais suscitadas” (BAYLOS GRAU, 2013, p. 26; GUERRA MARTINS, 2016, p. 45; GUILLEM CARRAU, 2013, p. 69).

Como nota de crítica construtiva cabe concluir que a resenhada jurisprudência constitucional portuguesa sobre direitos sociais, apesar do seu caráter avançado quanto ao resultado, poderia ser enriquecida e reforçar-se em suas bases argumentativas acudindo aos parâmetros europeus específicos sobre direitos sociais, especialmente a Decisão nº 187 de 2013 (portanto, posterior às Decisões do Comitê Europeu sobre a Grécia). Com efeito, essa omissão dos concretos parâmetros internacionais sobre os direitos sociais, para além da referência sempre absorvente da Convenção Europeia de Direitos Humanos (na dita Decisão nº 187 de 2013)²⁶, resulta tão menos compreensível quanto que, como bem se recordou, “as principais fontes do capítulo da Constituição relativo aos direitos sociais são a Carta Social Europeia de 1961 e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU de 1966. A maior parte das disposições da Constituição sobre os direitos econômicos, sociais e culturais são transcrições literais dessas duas convenções internacionais” (MOREIRA, 2016, p. 35).

²⁶ Concretamente, levam-se em consideração os parâmetros europeus, unicamente, no parágrafo 61 desse *Acórdão 187/2013 de 5 de abril de 2013* (Tribunal Constitucional, Plenário, Processo No. 2/2013, 5/2013, 8/2013 e 11/2013; <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>), inclui-se uma genérica referência ao artigo 1º do Protocolo núm. 1 à Convenção Europeia para afirmar simplesmente que o Tribunal Europeu de Estrasburgo analisou com apoio de tal disposição situações nas quais estavam em jogo as aposentadorias.



REFLEXÕES FINAIS: A INCOMPREENSÍVEL DESAFEIÇÃO ACADEMICISTA E A POSITIVA VONTADE JURISDICIONAL NO EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O RESPEITO À DIGNIDADE

Chegado a esse ponto, comprovamos que os direitos sociais dão ao controle de convencionalidade uma nova dimensão no continente europeu. Neste, os diversos operadores jurídicos encontram-se menos familiarizados, e porventura se mostram mais reticentes que no continente americano, ao tempo de tempo de explorar positivamente este instituto dinamizador da justiça ordinária como peça chave do sistema institucional, como elemento articulador do sistema de fontes e como eixo vertebral do sistema de direitos humanos em prol do respeito à dignidade. A tal efeito, devem conjugar-se os esforços da academia e da magistratura.

Com tais premissas, da experiência comparada *latinoeuropeia* analisada no presente trabalho se desprendem algumas questões críticas que devem propiciar uma melhora na colocada em prática do controle de convencionalidade. A semelhante otimização contribui para que a inovadora jurisprudência do Comitê Europeu de Direitos Sociais esteja mediando o debate, acadêmico e judicial.

Assim, no caso da Espanha, os direitos sociais e o parâmetro jurisprudencial da instância de garantia da Carta Social Europeia fizeram aflorar uma atenção nada desdenhável sobre o controle de convencionalidade, de maneira mais ostensiva na doutrina trabalhista e os órgãos jurisdicionais ordinários da ordem social (SALCEDO BELTRÁN, 2016a, p. 27), o que gerou, a sua vez, uma discussão a respeito no seio do Tribunal Constitucional; a maioria dos magistrados constitucionais, até agora, não somente deixou de se mostrar receptiva a essa jurisprudência europeia (em contraste com a minoria divergente), mas também se afastou deliberadamente dela no terreno das medidas de austeridade “anti-crise” impulsionadas pela União Europeia. Apesar disso, o Tribunal Constitucional espanhol acabou reconhecendo de maneira clara e taxativa o controle de convencionalidade mediante sua Sentença nº 140 de 20 de dezembro de 2016 (FJ 6), a qual oferece um aval



determinante para o exercício de referido controle e a conseqüente proteção dos direitos sociais pelos órgãos jurisdicionais ordinários. Isso sem prejuízo de que as instâncias superiores da Jurisdição Ordinária supervisionem se esse controle de convencionalidade é coerente com os parâmetros internacionais, ou que o Tribunal Constitucional verifique eventualmente que esse controle compromete os direitos fundamentais das partes no processo (MATÍA PORTILLA, 2018, p. 128).

De sua parte, as sentenças estudadas do Tribunal Constitucional de Portugal convergiram com o critério jurisprudencial do Comitê Europeu de Direitos Sociais. Neste caso, com relação a essas decisões portuguesas de “jurisprudência de crise”, cabe criticar que não se faz eco explicitamente dessa jurisprudência mais específica do Comitê Europeu (especialmente no caso da Decisão nº 187 de 2013, que é posterior às decisões do Comitê Europeu sobre o sistema grego de aposentadorias) uma vez que, ainda que resulte suficiente a filiação normativa constitucional, a base jurídica europeia é suscetível de fornecer um *plus* de legitimidade interpretativa ao sugerir um parâmetro continental compartilhado e aberto à tutela multinível (VALDÉS DAL-RE, 2016a, p. 110). Quanto à Decisão nº 353 de 2012 é certo que se poderia ter oferecido ante ao Comitê Europeu por meio do procedimento de reclamações coletivas (pois não é preciso esgotar os recursos prévios, diferente do procedimento de demanda individual ante o Tribunal Europeu de Estrasburgo) em lugar de acudir ao Tribunal Constitucional português, ainda que a sentença tenha saído – como se falava – convergente com a decisão do Comitê Europeu de Direitos Sociais. Não obstante, essa opção dos recorrentes de domiciliar o caso ante a Jurisdição Constitucional portuguesa em lugar de submetê-lo ao Comitê Europeu apresentava riscos potenciais de divergência caso a sentença constitucional houvesse sido improcedente e então uma ulterior decisão europeia haveria de acolher a reclamação.

No caso da Itália, foi criticada a ausência de vontade jurisdicional como falta de “sensibilidade da magistratura” ao acentuar o paralelismo entre o princípio da primazia do Direito da União Europeia e o caráter supralegal da Convenção Europeia de Direitos Humanos (MONTANARI, 2003, p. 142); uma assimetria em prejuízo do parâmetro do



Conselho da Europa que ainda foi mais acentuado no âmbito dos direitos sociais. Neste caso, recentemente, foi acrescentado o interesse da doutrina italiana pela jurisprudência do Comitê Europeu de Direitos Sociais, sem dúvida a mercê da adoção de relevantes decisões deste com relação à Itália no marco do procedimento de reclamações coletivas.

Por fim, no caso da França, o clássico e assentado controle de convencionalidade inclusive com relação à Carta Social Europeia e a jurisprudência do Comitê Europeu, não conseguiu evitar a interferência menos favorável da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Isso se deve em boa medida à suscitação desnecessária de questões prejudiciais ante a Justiça comunitária europeia em casos nos quais o exercício do controle de convencionalidade aplicando diretamente o parâmetro do Conselho da Europa haveria evitado uma decisão restritiva ou evasiva da Corte de Luxemburgo (por exemplo, na citada sentença de 15 de janeiro de 2014, *Association de médiation sociale*, asunto C-176/2012). Semelhante estratégia jurisdicional, potencial e realmente geradora de divergências interpretativas, foi lamentavelmente praticada também na Espanha (por exemplo, a Sentença do Tribunal de Justiça de 05 de fevereiro de 2015, *Nisttahuz Poclava*, asunto C-117/14).

Nessas condições, em caso de divergências jurisprudenciais, a opção da jurisdição nacional – que cobra uma especial relevância na supervisão da Carta Social Europeia (GARCÍA BLASCO; ÁLVAREZ GIMENO, 2017, p. 984) - pela solução mais favorável ao exercício dos direitos fundamentais (com eventual exercício do controle de convencionalidade em caso de a legislação nacional aparecer alinhada com a solução mais restritiva) haverá de verificar-se enquanto persistam tais assimetrias. Por outra parte, se esses contenciosos paralelos entre instâncias supranacionais fazem surgir uma *vontade jurisdicional positiva* de enriquecimento mútuo (convergências) por parte do órgão que havia gerado uma jurisprudência mais restritiva, essa adaptação não constituirá em absoluto um símbolo de debilidade, mas muito pelo contrário um gesto de vigoroso dinamismo e positiva influência mútua; ou seja, um louvável cenário de diálogo judicial global e de aproximação sistemática (FERRER MAC-GREGOR; HERRERA GARCÍA, 2013).



Em última instância, tão louvável objetivo culminará bem-sucedido somente se a doutrina e a magistratura, junto com os demais operadores jurídicos, envolverem-se decididamente fazendo valer uma positiva vontade acadêmica e jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Aquilino Paulo. Breves notas ao Acórdão do Tribunal Constitucional Núm. 187/2013 quanto à contribuição extraordinária de solidariedade, **Pública. Revista Eletrónica de Direito Público**, 2, 2014. Disponível em: http://e-publica.pt/contribuicaoextraordinariadesolidariedade.html#_ftn1.

APARICIO PÉREZ, Miguel Angel. La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales. **Jueces para la democracia**, 6, 1989.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, Jose Manuel. **Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos**, Madri: Civitas/Ministerio de Justicia, 1996.

BAYLOS GRAU, Antonio. La contracción del Estado social. **Revista de Derecho Social**, 63, 2013.

BAZÁN, Víctor. Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales Latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico. **Revista Europea de Derechos Fundamentales**, 16, 15-44. Espanha, 2010.

BIDART CAMPOS, Germán José. La interpretación del sistema de derechos humanos. **Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, 19, 1994.

_____. **El Derecho constitucional humanitario**. Buenos Aires: Ediar, 1996.

BON, Pierre. La cuestión prejudicial de constitucionalidad en Francia: ¿Solución o problema?. **Teoría y Realidad Constitucional**, 23, 2009.

BONET PÉREZ, Jordi. Introducción general: presupuestos y dinamismo evolutivo de la exigibilidad jurídica internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. *In*: BONET PÉREZ, Jordi; ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana (eds.). **La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la Sociedad internacional del siglo XXI: una aproximación jurídica desde el Derecho internacional**. Madri, Marcial Pons, 2016a.



_____. Reflexiones sobre la aplicabilidad en España de las opiniones y decisiones de los órganos de expertos internacionales especializados en derechos económicos, sociales y culturales. *In*: BONET PÉREZ, Jordi; ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana. **El control de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos: realidad y límites. Una aproximación a la labor de los órganos de expertos desde la perspectiva de la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales**. Barcelona, Atelier, 2016b.

BUFFA, Francesco. **I licenziamenti nel Jobs Act e nelle norme internazionali**. Milão, Key Editore, 2015.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en la protección de los derechos humanos. **Colección “Cuadernos de derechos humanos**, 3/1995, Guatemala, 1995.

CANOSA USERA, Raúl. **El control de convencionalidad**. Madri, Civitas/Thomson Reuters, 2015.

CARCASSONNE, Guy. *La Constitution*. Paris, Éditions du Seuil, 2002.

DE CARRERAS SERRA, Francesc. Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**, 60, 2000.

DE LAMY, B. Chronique de droit pénal constitutionnel. **Revue de science criminelle et de droit pénal comparé**, n. 1, 2009.

DUARTE, Maria Luísa, y AMADO GOMES, Carla. Portugal. *In*: TAJADURA TEJADA, Javier; DE MIGUEL BÁRCENA, Josu (coords.). **Justicia Constitucional y Unión Europea**. Madri, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos; JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco. **El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española: 25 Años de Jurisprudencia Constitucional**. Madri, Thomson/Civitas, 2006.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.). **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constituciones y Cortes Internacionales**. Valência, Tirant lo Blanch, 2013.

FONTANA, Giorgio. **La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward and two steps back**. “Working Papers - Centre for the Study of European Labour Law “Massimo D’Antona”, Universidade de Catania, 322, 1-32, 2018.



FORMERY, Simon-Louis. **La Constitution commentée**: Article par article. Paris, Hachette, 2003.

GARCÍA BLASCO, Juan; ÁLVAREZ GIMENO, Rafael. Supervisión y reclamaciones: especial referencia al Comité Europeo de Derechos Sociales. Artículo C y Protocolo de 1991, y artículo D y Protocolo de 1995. *In*: MONEREO ATIENZA, Cristina; MONEREO PÉREZ, José Luis (coords.). **La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea**. Granada, Comares, 2017.

GELLI, Maria Angélica. El liderazgo institucional de la Corte Suprema y las perplejidades del caso Mazzeo. *In*: **La Ley**, ano LXXI, nº 236, vol. 2007-F, 2007.

GUERRA MARTINS, Ana Maria. La jurisprudence constitutionnelle portugaise sur la crise de la dette publique, vue par une ancienne juge à la Cour. *In*: **Semaine sociale Lamy**, n. 1746, Paris, 2016.

GUIGLIA, Giovanni (2013). La rilevanza della Carta sociale europea nell'ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale. **Federalismi.it**, n. 18, Roma, 2013. Disponível em: https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=23129&content=La%2Brilevanza%2Bdella%2BCarta%2Bsociale%2Beuropea%2Bnell%E2%80%99ordinamento%2Bitaliano%3A%2Bla%2Bprospettiva%2Bgiurisprudenziale&content_author=Giovanni%2BGuiglia

_____. The importance of the European Social Charter in the Italian Legal System: in pursuit of a stronger protection of social rights in a normative and internationally integrated system. *In*: D'AMICO, Marilisa; GUIGLIA, Giovanni (eds.). **European Social Charter and the challenges of the XXI century. La Charte Sociale Européenne et les défis du XXI^e siècle**. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.

GUILLEM CARRAU, Javier. El Constitucional Portugués ante las medidas de ajuste: la Sentencia de 5 de abril de 2013. **Cuadernos Manuel Giménez Abad**, n. 5, Espanha, 2013.

HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). **Estudios Constitucionales**, n. 2, 109-128, Santiago, 2009.

JIMENA QUESADA, Luís. **Jurisdicción nacional y control de convencionalidad**. Cizur Menor, Aranzadi, 2013.

_____. **Social Rights and Policies in the European Union: New Challenges in a Context of Economic Crisis**. Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.



JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco. La protección internacional de los derechos sociales y económicos. Avances recientes, técnicas de aplicación y propuestas de reforma constitucional. **Revista Europea de Derechos Fundamentales**, n. 25. Espanha, 2015.

JOHANSSON, Anja. Influence sur le droit français de la directive temps de travail 2003/88 (anc. 93/104) et la jurisprudence de la Cour de Justice y afférente (hors congés payés). **Droit Social**, n. 9. França, 2012.

LAULOM, Sylvaine (2014). Les seuils d'effectif: une confirmation et une déception. **Semaine Sociale Lamy**, n. 1640. Paris, 2014.

LAZZERINI, Nicole (2014). Causa C-176/12. Association de médiation sociale: la Corte di giustizia rompe (...in parte) il silenzio sugli effetti orizzontali della Carta. **Diritti comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa**. Itália, 2014. Disponível em: <http://www.diritticomparati.it/causa-c-17612-association-de-mediation-sociale-la-corte-di-giustizia-rompe-in-parte-il-silenzio-sugli/>

MATÍA PORTILLA, Francisco Javier. **Los tratados internacionales y el principio democrático**. Madrid: Marcial Pons, 2018.

MILLÁN MORO, Lucía. Sentencia del Tribunal de Justicia de 15.1.2014 (Gran Sala) – Association de Médiation Sociale, Asunto C-176/12. Eficacia directa *versus* primacía. **Revista de Derecho Comunitario Europeo**, Ano n. 18, n. 49. Espanha, 2014.

MIRATE, Silvia. **Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'altro diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra**. Napoli, Jovene, 2007.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. Reforma laboral y 'Justicia Constitucional': el Tribunal Constitucional ni es 'infalible' ni ya tiene la 'última palabra'. Comentario a la STC 129/2014, de 16 de julio, RI 5603-2012, interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma del mercado de trabajo. **Revista de Trabajo y Seguridad Social-Centro de Estudios Financieros**, n. 377-378. Madri, 2014.

MONTANARI, Laura. Giudici comuni e Corti sovranazionali: rapporti tra sistemi. In: **AA.VV. La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa**, Atti del seminario (Copanello, 31 maggio-1 giugno 2002). Turim, Giappichelli, 2003.

MOULY, Jean. La barémisation des indemnités prud'homales: un premier pas vers l'inconventionnalité?. **Droit social**, 122, 2019.



MOREIRA, Vital (2016). Droits sociaux constitutionnels sous pression: lessons de l'expérience portugaise. **Semaine sociale Lamy**, n. 1746, 2016..

NIVARD, Carole (2016). L'effet direct de la Charte sociale européenne devant le juge administratif - Retour sur la question évolutive de l'effet direct des sources internationales. **Revue des Droits et Libertés Fondamentaux**, n. 22, 2016.

OLIVERI, Federico. **La lunga marcia verso l'effettività. La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali**. 2007. Disponível em:
http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Carta_sociale_Oliveri_1.pdf.

PANZERA, Claudio. La 'voce' del Comitato europeo dei diritti social. In: CARUSO, Bruno; FONTANA, Giorgio (coords.). **Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi**. Bolonha, Il Mulino, 2015.

PACTEAU, Bernard. Relazione sulla Francia. In: **AA.VV. Atti del Convegno "Principi giuridici e limiti all'autonomia dei legislatori – profili internazionali, supranazionali e nazionali"**. Napoli, Università di Napoli l'Orientale, 2004.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **La elaboración de la Constitución de 1978**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

PEYRONNET, Marie (2019). Conseils de prud'hommes: conventionnalité (ou non) de plafonnement des indemnités de licenciement? **Dalloz actualité**, 4 de fevereiro de 2019.

RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos. ¿Prevalen los tratados internacionales sobre la Constitución? Propuesta de una doctrina no extremista. **Anuario de Derecho constitucional latinoamericano**. México, 2007.

ROUVILLOIS, Frédéric. **Droit constitutionnel. Fondements et pratiques**. Paris, Flammarion, 2002.

Sagüés, Néstor Pedro. El 'control de convencionalidad' en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (coords.). **Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina**). México, D.F.: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 381-417.

SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro. **La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española**. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.



SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen. La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales. **Trabajo y Derecho**, n. 13, 2016a.

_____. (2016b). La réforme du marché du travail en Espagne. **Semaine Sociale Lamy**, n. 1746, 2016b.

SANTIAGO RIVERA, Carlos Alá. La duración del período de prueba en la Jurisprudencia Constitucional Española. **Revista de Administración Pública**, vol. 47, 2016.

STANGOS, Petros. Avant-propos. In: STANGOS, Petros; DELIYANNI-DIMITRAKOU, Christina (eds.). **Parcours en Europe sociale, à bord du Comité européen des droits sociaux/Journeys in Social Europe, on board of the European Committee of Social Rights**. Atenas/Tessalônica, Sakkoulas Publications, 2017.

TAJADURA TEJADA, Javier; DE MIGUEL BÁRCENA, Josu. (coords.). **Justicia Constitucional y Unión Europea**. Madri, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

TORRES DEL MORAL, A. El Tribunal Constitucional español en negativo: lagunas y rectificaciones; cuestiones disputadas, inéditas, irresueltas, menores y de *lege ferenda*. In: Bazán, Víctor (coord.). **Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo**. Tomo I. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*. Albacete, Bomarzo, 2016a.

_____. La protection des droits sociaux en Espagne. **Semaine Sociale Lamy**, n. 1746, 2016b.

WARD, Angela. Art. 51 – Scope. In: PEERS, Steve *et al.* (eds.). **The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary**. Oxford, Hart Publishing, 2014.





Received: 28.08.2019
Accepted: 11.12.2019

<https://doi.org/10.33239/rtdh.v2i2.49>

1 Profesor del curso de especialización en Derechos Humanos y Trabajo en la Escuela Superior del Ministerio Público de la Unión. Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Pernambuco, con estágio doutoral en el Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coimbra, Portugal. Máster en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo. Especialista en Derecho Laboral Material y Procesal. Fiscal laboral.

<https://orcid.org/0000-0002-9627-4756>

2 Profesora de la Facultad de Derecho y del Programa de Postgrado en Derecho de la Universidad Federal de Pernambuco - UFPE. Presidente de la Academia de Derecho Laboral de Pernambuco. Vicepresidenta del Instituto Italo-Brasileño de Derecho Laboral. Miembro del Grupo de Investigación Derecho Laboral y Teoría Social.

<https://orcid.org/0000-0001-5603-1250>

3 Profesor de la Facultad de Derecho y del Programa de Postgrado en Derecho de la Universidad Federal de Pernambuco - UFPE. Miembro del Instituto Italo-Brasileño de Derecho Laboral. Miembro del Grupo de Investigación Derecho Laboral y Teoría Social Crítica.

<https://orcid.org/0000-0002-7661-4688>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Neoliberalismo y reforma laboral: la ineficacia de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas para el desarrollo sostenible

Neoliberalismo e reforma trabalhista:
a ineficiência da Agenda das Nações Unidas 2030 para o
desenvolvimento sustentável

Neoliberalism and labor reform:
the inefficiency of the United Nations 2030 Agenda for sustainable
development

Tiago Muniz Cavalcanti¹
Juliana Teixeira Esteves²
Carlo Benito Cosentino Filho³

RESUMEN:

La generación de empleo decente y la protección de los derechos laborales son objetivos trazados por la Agenda 2030 de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible. Este artículo pretende demostrar que tales promesas son sistemáticamente inobservadas por los programas de gobierno de varios países centrales y periféricos, cuya política insiste en la profundización de la cartilla neoliberal mediante la progresiva desprotección del aparato normativo laboral. En este contexto de avance de la política neoliberal, la desregulación permanente de la legislación laboral y la intensificación de la precariedad del trabajo humano evitarán el logro del desarrollo sostenible y harán de la Agenda 2030 un programa ineficaz cuyas directrices no van a salir del papel.

PALABRAS-CLAVE: Agenda 2030. Desarrollo. Neoliberalismo. Reforma laboral.

RESUMO:

A geração de emprego decente e a proteção dos direitos trabalhistas são objetivos estabelecidos pela Agenda 2030 das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável. Este artigo tem como objetivo demonstrar que essas promessas são sistematicamente desconsideradas pelos programas governamentais de vários países centrais e periféricos, cuja política insiste em aprofundar a cartilha neoliberal por meio da progressiva falta de proteção do aparato normativo do trabalho. Nesse contexto de avanço da política neoliberal, a desregulamentação permanente da legislação trabalhista e a intensificação da precariedade do trabalho humano impedirão a conquista do desenvolvimento sustentável e farão da Agenda 2030 um programa ineficaz cujas diretrizes não sairão do papel.

PALAVRAS-CHAVE: Agenda 2030. Desenvolvimento. Neoliberalismo Reforma trabalhista.

ABSTRACT

The creation of decent jobs and the protection of labour rights are objectives set out in the United Nations' 2030 Agenda for Sustainable Development. This article shows that these promises are not being honoured by the government programs of several countries, central and peripheral, whose policy insist on following the neoliberal handbook through the progressive mitigation of the labour regulatory apparatus. In this context of advancing neoliberal policy, the permanent deregulation of Labour Law and the intensification of human labor precariousness will impede the achievement of sustainable development and make the 2030 Agenda an ineffective program whose guidelines will not get off the drawing board.

KEYWORDS: 2030 Agenda. Development. Neoliberalism. Labour reform.

INTRODUCCIÓN

Los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) establecieron en septiembre de 2015 un plan de acción dirigido a las personas, el planeta y la prosperidad con el objetivo de fortalecer la paz universal. El documento fue concebido para servir como guía de las acciones de la comunidad internacional durante los siguientes quince años, para la erradicación de la pobreza y el desarrollo económico, social y ambiental a escala global.

La osadía del documento, reconocida expresamente en su parte preambular, se refleja en los diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que pretenden poner al mundo en un camino sostenible y resiliente, sin dejar a nadie atrás: vida sana, educación inclusiva, igualdad de género, disponibilidad y gestión sostenible del agua, acceso a la energía, protección y recuperación de los ecosistemas terrestres, cuidado del clima y el medio ambiente mediante la preservación de los mares y los océanos, entre otros, figuran como finalidades previas a alcanzar en tiempo récord.

La generación de empleo decente también es una meta específica de la Agenda 2030. De acuerdo con el octavo ODS, se pretende promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, empleo pleno y productivo y trabajo decente para todos. El objetivo abarca, entre muchas otras medidas, el incentivo a la formalización, igualdad de remuneración para trabajo de igual valor, inclusión de jóvenes y personas con discapacidad en el mercado de trabajo, erradicación del trabajo forzado, de la esclavitud y del tráfico de personas, eliminación del trabajo infantil y protección de los trabajadores migrantes.

El programa, de tan audaz, rompe las barreras del sentido creíble y traspasa la idea de un proyecto inviable, irrealizable y meramente programático. Si en toda su historia la humanidad nunca se acercó a la erradicación del hambre y la miseria y si el sistema capitalista profundizó desigualdades y concentró riquezas económicas en manos de pocos, el cumplimiento de las metas establecidas por las Naciones Unidas - en apenas quince años - se aleja del campo de la osadía y se acerca a la fantasía.



1 TRABAJO DECENTE Y PROTEGIDO COMO META PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

La expresión “trabajo decente”, acuñada en la designación en lengua inglesa (*decent work*), fue empleada oficialmente por la Organización Internacional del Trabajo durante la 87ª Conferencia Internacional del Trabajo, en 1999, significando un punto de convergencia de los objetivos estratégicos de la entidad: la promoción de los principios y derechos fundamentales en el trabajo establecidos en la Declaración de 1998; el empleo; la protección social; y el diálogo social (OIT, 1999). El trabajo decente se refiere al trabajo jurídicamente protegido que contribuye a la inclusión social de la persona trabajadora y presupone, en efecto, el absoluto respeto a la dignidad humana por medio de la efectividad y de la protección de los derechos que le son más caros.

La promoción del trabajo decente es objetivo prioritario de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. Se trata de un plan de acción que establece una agenda política amplia y universal a ser implementada en los próximos años y que pretende promover sociedades pacíficas, justas e inclusivas, libres del miedo y la violencia, hacia la paz universal. El documento, que reafirma el compromiso establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos para respetar, proteger y promover los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos, alienta el compartir la riqueza, el combate a la desigualdad de ingresos y una transformación en la producción y en el consumo de bienes y servicios. Se muestra, pues, atento a la satisfacción de las necesidades de la generación actual, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras.

La Agenda tiene objetivos y metas orientados a la protección de las personas, del planeta y de la prosperidad. En el marco de los tres ejes, el octavo ODS tiene por objeto promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, un empleo pleno y productivo y un trabajo decente para todos. Esto significa que, además de la elevación del nivel de empleabilidad a nivel global, hacia el pleno empleo universal, se hace necesario respetar la dignidad del trabajador a través de la efectividad de sus derechos fundamentales.



Para alcanzarlo, se establecieron metas audaces, incluso alcanzar el empleo pleno y productivo y trabajo decente para todas las mujeres y hombres, también para los jóvenes y las personas con discapacidad, y remuneración igual para trabajo de igual valor; para 2020, reducir sustancialmente la proporción de jóvenes sin empleo, educación o formación; tomar medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso, acabar con la esclavitud moderna y el tráfico de personas y asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil; hasta 2025 acabar con el trabajo infantil en todas sus formas; y proteger los derechos laborales y promover ambientes de trabajo seguros y protegidos para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes, y las personas con empleo precario.

La creación de puestos de trabajo y la protección de los derechos laborales figuran, por lo tanto, como metas prioritarias de las Naciones Unidas para la promoción del trabajo decente a nivel global. Ellas deben ser observadas por todos los países, en particular aquellos en desarrollo, cuyas estrategias y programas del gobierno deben salvaguardar a todos los trabajadores frente a la desprotección jurídica y del medio ambiente de trabajo inseguro e indigno.

En otras palabras, al buscar la efectividad del trabajo decente a nivel global y, con ello, asegurar el respeto a los objetivos estratégicos de la Organización Internacional del Trabajo, la Agenda 2030 alienta la protección de los derechos de los trabajadores como forma de cuidar del ser humano y, así, promover el desarrollo sostenible.

De acuerdo con el documento, la sostenibilidad del desarrollo requiere una serie de políticas dirigidas a la protección de las personas, lo que incluye la promoción del trabajo decente mediante la protección de los derechos laborales. Esto, sin embargo, es absolutamente incompatible con el avance de la globalización y con las políticas neoliberales implementadas a nivel mundial, sobre todo en los países periféricos, donde el desempleo estructural, la flexibilización y la desregulación laboral y el aumento significativo del trabajo precario y desprotegido demuestran la ineficacia de la Agenda 2030 y la hipocresía de sus líderes signatarios.



2 CAPITALISMO Y DEVASTACIÓN HUMANA Y AMBIENTAL

Una realidad axiomática debe ser exhortada como punto de partida para las ideas debatidas en el presente texto: la Agenda 2030 busca revertir disfunciones sociales y problemas ambientales provocados, o acentuados de sobremanera, como consecuencia del proceso productivo capitalista. Es el propio modelo de producción y desarrollo económico que pone en jaque el destino de la humanidad y compromete el bienestar e incluso la supervivencia del ser humano.

Desde mucho, pero sobre todo en las últimas décadas, la destrucción de la naturaleza y las mareas sociales no son más que la legítima expresión del proceso desenfrenado de acumulación del capital. En otras palabras, todo cambio ocurrido en el contexto de la sociedad capitalista traduce las transmutaciones que se producen en el transcurso y en consecuencia del proceso de desarrollo capitalista, cuya finalidad única es su expansión y reproducción ampliada (PRANDI, 1978, p. 50 e 73). Lo que debe quedar claro es, por lo tanto, que las guerras, la injusticia, el hambre, la desigualdad y la destrucción de la naturaleza no son disturbios extraordinarios que ocurren dentro del sistema capitalista, sino expresiones de las anormalidades que le son inherentes.

Esto significa que la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible y tantos otros documentos similares son instrumentos ineficaces y desacreditados mientras las transformaciones no alcanzan las raíces del sistema capitalista. Todo este conjunto de normas internacionales derivado de la "industria de los derechos humanos" pierde credibilidad debido a su creciente y flagrante violación sistemática, lo que demuestra ser un cementerio cada vez más incomprensible de promesas incumplidas (SANTOS, 2017, 79-80).

Boaventura de Sousa Santos (1989) llama la atención sobre el hecho de que las deficiencias en el cumplimiento de los derechos humanos y todos sus productos han empeorado en los últimos tiempos con la crisis global del proyecto de modernidad (Santos, 1989, p. 3):



Cada vez somos testigos con más frecuencia de violaciones masivas de los derechos humanos en nombre de los derechos humanos, la destrucción de la democracia en nombre de la democracia, el asesinato de civiles inocentes en el proceso de supuestamente protegerles, la devastación de modos de subsistencia en nombre del desarrollo, la utilización masiva de técnicas de vigilancia y restricciones de las libertades fundamentales en nombre de la preservación de la libertad y la seguridad. Las inversiones ideológicas empleadas en esconder tal discrepancia son tan masivas como la brutalidad de dichas prácticas (SANTOS, 2017, p. 79).

Es importante señalar que las críticas aquí dirigidas a los derechos humanos y sus productos, incluida la Agenda 2030 de las Naciones Unidas para el desarrollo sostenible, no significa abogar por su supresión. Su objetivo es analizarlos a la luz de su interacción con el orden social actual y las posibilidades de garantizarles cierta efectividad. Aquí es precisamente donde se encuentra el propósito principal de este artículo: examinar la discrepancia entre los principios humanistas y las prácticas destructivas.

De hecho, el capitalismo global nunca tuvo tan ávido por recursos naturales como en los días actuales, siendo posible hablar en un nuevo imperialismo extractivista. La tierra, el agua y los minerales nunca fueron tan codiciados, y la lucha por ellos nunca tuvo consecuencias sociales y ambientales tan desastrosas como hoy. A esta destrucción ambiental se añade la destrucción humana: las recientes transformaciones económicas están elevando en proporciones colosales el número de miserables que nada tienen y vagan por las calles a merced de la propia suerte y de un futuro incierto.

El capitalismo vive hoy uno de los momentos más destructivos de su historia reciente, como bien lo atestiguan las nuevas formas de acumulación primitiva mediante la desposesión, desde la incautación de tierras al robo de los salarios y los rescates de la banca; el sometimiento a la ley capitalista del valor de los bienes y recursos comunes, que se traduce en el desplazamiento de millones de pobres campesinos y pueblos indígenas, en la devastación medioambiental y en los desastres ecológicos, y en la eterna renovación del colonialismo, que, con disfraces antiguos y nuevos, revela el mismo impulso genocida, la misma sociabilidad racista, la misma sed de apropiación y violencia contra unos recursos considerados infinitos, y contra personas tenidas por inferiores e incluso no humanos (SANTOS, 2017, p. 110).

En efecto, la gran crisis no es ecológica, sino política. Como resaltó el ex presidente de Uruguay, José Pepe Mujica, en su discurso pronunciado en *Río+20*, conferencia de las



Naciones Unidas por el desarrollo sostenible realizada en junio de 2012, el desafío es de una magnitud de carácter colosal: es luchar por otra cultura y con ello revertir el modelo de desarrollo y consumo que caracteriza a la sociedad de nuestro tiempo; es no ser gobernado por el mercado, sino gobernar el mercado; es valorar la felicidad humana, el amor a la tierra, las relaciones humanas, el cuidado a los niños, la amistad; es repensar nuestra forma de vivir.

Las soluciones "burguesas" a los más graves problemas de la humanidad ya no convencen. Como veremos adelante, la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, al proponer la elevación del nivel de empleabilidad a nivel global para alcanzar el empleo pleno, productivo y decente para todos, esconde una realidad inexcusable: el contingente poblacional que está excluido del sistema formal se ha vuelto estructural y la garantía de una existencia digna para todos ya no encuentra respuesta en el modelo de empleabilidad típico del Estado del Bienestar Social.

3 NEOLIBERALISMO GLOBAL, REESTRUCTURACIÓN DEL CAPITAL Y PRECARIZACIÓN LABORAL

La fuerza del ideario neoliberal es que el sector público es responsable por la crisis, la ineficiencia, el privilegio, y que el mercado y el privado son sinónimos de eficiencia, calidad y equidad (FRIGOTTO, 2005, p. 83). La intervención estatal comenzó entonces a ser fuertemente cuestionada, sobre todo porque dificultaba la flexibilización del uso de las fuerzas de trabajo, que pasaron a ser facilitadas en los gobiernos neoliberales de Margareth Thatcher, en Gran Bretaña, y de Ronald Reagan, en Estados Unidos. Durante toda la década de 1980 se consolidó un nuevo régimen social y político basado en privatizaciones, en la expansión del mercado dentro de la realidad social y en la liberalización, ideales centrales del modelo de mercado que luego se expandió mundialmente bajo el nombre de "consenso de Washington" (SANTOS, 2007, p. 35-36).

Con el advenimiento del neoliberalismo globalizado, el mundo pasó a asistir a una reestructuración del capital que modificó sensiblemente el proceso productivo de las



empresas. A partir de la superación de antiguos modelos organizacionales y de la adopción de nuevos métodos de gestión y administración de la producción, con la finalidad de reducir costos y aumentar la competitividad empresarial, pierde espacio a la organización empresarial del tipo tradicional. La nueva fase de reestructuración productiva provoca fusiones e incorporaciones, al mismo tiempo que transfiere para pequeños emprendimientos tercerizados la fabricación, las plantas y las unidades productivas y, también, los respectivos costos. Es el denominado sistema de acumulación flexible (ANDRADE, 2012).

Este nuevo sistema se basa en la flexibilidad de los procesos laborales, los mercados laborales, los productos y los patrones de consumo. Además, se caracteriza por la aparición de nuevos sectores, nuevas formas de proporcionar servicios financieros, nuevos mercados y, sobre todo, tasas altamente intensificadas de innovación comercial, tecnológica y organizativa. La acumulación flexible implica cambios rápidos en los patrones de desarrollo desigual, en todos los sectores y en las regiones geográficas, creando, por ejemplo, un vasto movimiento en el empleo en el llamado 'sector de servicios', así como complejos industriales completamente nuevos en regiones hasta ahora subdesarrolladas (HARVEY, 2004, p. 140).

El nuevo proceso productivo, flexible y descentralizado, produjo efectos en la estructura de empleo, modificando intensamente el vínculo establecido entre empleado y empleador: reducción del trabajo asalariado y crecimiento del trabajo precarizado. El contexto de desempleo estructural traía fragilidad de derechos sociales e inseguridad laboral. La flexibilidad implica desregulación - deshaciendo, o remodelando, las normas y reglamentos que obstaculizan la innovación y el cambio tecnológico -, hace de los trabajadores personas económicamente vulnerables y hace crecer el número de pobres con trabajo (GIDDENS, 200, p. 21).

Crecen, en este nuevo contexto, las relaciones laborales flexibles: los subcontratistas, los informales, los clandestinos, los temporales y sobre todo los "autoempleados", emprendedores que, además de explotados, asumen los riesgos de sus propios negocios y de sí mismos (ANDRADE, 2014, p. 25). Estas nuevas formas de ocupación



no son más que expresiones del lumpemproletariado moderno. Los trabajadores pasan de un estatuto de ciudadanía para un estatuto de lumpenciudadanía (SANTOS, 2005, p. 24).

Hay quienes observan el surgimiento de una nueva clase social, el precariado, cuyas características principales son la incertidumbre y la inseguridad crónicas: esta es la primera vez en la historia que el Estado retira sistemáticamente los derechos de sus propios ciudadanos, negándolos cada vez más, lo que Hannah Arendt llamó "el derecho a tener derechos", que es la esencia de la verdadera ciudadanía (STANDING, 2014, p. 9 e 13).

El intento de alcanzar el trabajo decente propugnado por la Organización Internacional del Trabajo y las Naciones Unidas entró en colapso. La transformación social se ha vuelto algo inevitable: la garantía de una existencia digna para todos pasa por la reinvencción del orden social actualmente vigente y por la implementación de medidas contrahegemónicas que coloquen en jaque el formato de sociabilidad burguesa. Tal solución, sin embargo, está lejos de ser alcanzada. La política adoptada por los estados signatarios de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas denota una postura conforme a la agenda neoliberal y contraria a la protección laboral ya la sostenibilidad del desarrollo.

4 AGENDA NEOLIBERAL Y DESPROTECCIÓN LABORAL: LAS EXPERIENCIAS MEXICANA Y ESPAÑOLA

Las sucesivas crisis económicas y financieras modificaron sensiblemente las formas y los objetivos de la intervención estatal en la dinámica del sistema capitalista. Se trata, como visto, de la implementación de una ideología fuertemente mercantil e individualista que propugna el desmantelamiento de casi todas las formas de presencia e intervención activa del Estado en el sentido de organizar, unificar y garantizar el orden social, incluso mediante la regulación de las actividades económicas (CORREA, 2013).

Esto ocurre porque las corporaciones y los bancos globales son demasiado grandes y poderosos para ser gobernados por un Estado nacional: sus intereses superan las fronteras. El capital se vuelve, así, supranacional y políticas fuertemente neoliberales se implementan en países periféricos (CORREA, 2013), contrariando la directriz de la Agenda



2030 que enfatiza la necesidad de que las instituciones financieras internacionales respeten el espacio para el desarrollo de políticas públicas de cada país, en particular de los países en desarrollo.

Tomemos como ejemplo el caso mexicano. Gravemente afectado por la crisis económica de 2009, sobre todo por la aproximación y estrecha dependencia de la economía norteamericana, México registró una caída sin precedentes del seis por ciento en su Producto Interno Bruto. Y fue la crisis financiera el gancho para el surgimiento del denominado *Pacto por México*, un programa del gobierno Enrique Peña Nieto que había llegado al poder después de elecciones cuestionadas y con la desaprobación de los sectores más conscientes de la sociedad. Con un amplio respaldo de los medios de comunicación nacionales e internacionales, el Pacto incluía 95 compromisos en los más diversos campos -económicos, políticos y sociales- y abría camino para el establecimiento de reformas estructurales que supuestamente traerían crecimiento económico.

Las reformas prometidas eran, en realidad, una profundización de la agenda neoliberal: privatizaciones, austeridad fiscal, fin del monopolio estatal para la explotación petrolífera, además de numerosas reformas en sectores estratégicos de la sociedad, incluso una sensible flexibilización laboral que pasó a toda prisa en el Congreso en 2013.

Después de tres años de la aprobación de la reforma laboral mexicana, cuyos argumentos favorables mencionaban que la flexibilización generaría empleos y permitiría elevar la productividad de la mano de obra en el país, los datos divulgados por la INEGI (Instituto Nacional de Estadística y Geografía) a través de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo revelan resultados muy distintos de los objetivos que originalmente prometía la reforma, pues contribuyó más a la desigualdad ya la vulnerabilidad de la población de bajos ingresos, y muy poco a la formalidad, a la productividad ya la generación de empleos.

Las políticas neoliberales y las reformas que buscan flexibilización y desregulación de los derechos laborales no son exclusividad de países periféricos. A principios de 2012, España aprobó una reforma laboral bastante criticada por los sindicatos y los partidos opositores. A pesar de la promesa de modificar el mercado de trabajo para mejor,



mediante la generación de empleos y la modernización de la legislación laboral, el diagnóstico de sus efectos, pasados cinco años de su aprobación, revela el aumento de la precarización y la pobreza.

El balance demuestra que la reforma ha promovido un aumento del empleo temporal y a tiempo parcial, además de un descenso de la población económicamente activa. De acuerdo con Isabel Araque, Secretaria Confederal de la UGT, todavía hay:

[...] altos niveles de paro, con 4,5 millones de desempleados, y hay 445.000 desempleados más que en 2009. Además, la recuperación del empleo ha sido únicamente de carácter temporal. De los 19 millones de contratos en 2016, tan solo 1,7 millones son de carácter indefinido y 5 millones han sido de corta o muy corta duración. De esta forma, del total de los contratos, solo 819.000 han tenido la calidad suficiente como para garantizar un nivel de vida digno para los trabajadores (NUEVATRIBUNA, 2017).

En las palabras de la Secretaria,

[...] se consolida la parcialidad involuntaria, que ha aumentado 5 puntos desde 2011; se ha expulsado del mercado laboral a los jóvenes y a los mayores de 55 años; se ha enquistado el paro de larga duración, con más de tres millones de personas en desempleo más de un año; se ha devaluado los salarios en 5,3 puntos desde 2009; y han aumentado los niveles de desigualdad y pobreza (*Idem*).

Héctor Ballester y Adoración Hernández (2012) señalan que la intención de la reforma era alterar la distribución del poder en la empresa para colocar al empleador en el centro del sistema:

Llegada la reforma de 2012, ya no cabe duda de que su voluntad es alterar completamente esta distribución de poder en la empresa, colocando al empresario, como analizaremos más tarde, en el centro del sistema.

Así, el resultado de esta ingeniería legislativa mayoritariamente al servicio de los intereses empresariales ha sido la mutación de los principios inspiradores del derecho del trabajo, en particular de la estabilidad en el empleo y de la función equilibradora para colocar la flexibilidad como objetivo prioritario, precarizando la generalidad de las relaciones de trabajo (Ballester; Hernández, 2012, p. 58-59).

Además, los autores dicen que la precariedad se ha convertido en un atributo del mercado laboral español, ya que las formas precarias de empleo, una vez atípicas, se han convertido en la regla general:



Así, es inevitable reconocer que la precariedad se ha convertido en atributo del mercado de trabajo español. Las formas precarias de empleo han dejado de ser atípicas para convertir a los trabajos inestables y de mala calidad en la regla general. La erosión de los derechos laborales, individuales pero también colectivos y los malos resultados generales del mercado de trabajo, manteniéndose las cotas de desempleo, indican que las medidas flexibilizadoras, respecto de los contratos temporales, de las condiciones de trabajo y del despido, no han funcionado. Pero los malos resultados de estas medidas no han implicado un cambio de rumbo en el sentido de buscar rutas alternativas, tan sólo un viraje dentro del mismo concepto.

[...] Y no podían ser eficaces las medidas porque las mismas eran, por torpeza o por voluntad, manifiestamente erróneas respecto de los objetivos planteados. A través de las mismas se le estaba pidiendo al derecho del trabajo una función que no está en su código genético, porque si el derecho del trabajo no nació sólo para proteger a los trabajadores, desde luego tampoco se conformó para conseguir una maximización de los beneficios empresariales (Ballester; Hernández, 2012, p. 91-92).

La verdad es que la flexibilización de derechos laborales no genera empleos y tampoco mejora la condición de vida de los trabajadores. No hay relación entre el nivel de protección laboral y las tasas de ocupación y de desempleo; lo que existe, en verdad, es la estrecha vinculación entre desregulación y precarización del mercado de trabajo.

5 AGENDA NEOLIBERAL Y DESPROTECCIÓN LABORAL: LA EXPERIENCIA BRASILEÑA

El actual momento brasileño es bastante similar al caso mexicano de hace pocos años. Afectado por una crisis económica, el país registró recientes caídas en su Producto Interno Bruto, lo que motivó la eclosión de una serie de "reformas" para supuestamente aumentar el crecimiento económico. Las reformas prometidas son una profundización de la agenda neoliberal por medio de privatizaciones, austeridad fiscal, reforma de la seguridad social y una enorme y desastrosa reforma laboral aprobada en el Congreso Nacional en tiempo récord. Son medidas severas que acomete derechos sociales, atrofia el Estado y sacrifica a los más pobres.

Si las condiciones de vida y de trabajo no son favorables para el trabajador brasileño, debería reclamar la mejora de su condición social, especialmente para aumentar la protección resultante de la legislación laboral. Sin embargo, el contexto actual de reveses económicos y sociales ha llevado al trabajador a una postura conservadora, defendiendo



el aparato normativo justo ante los sucesivos ataques legislativos que buscan más "flexibilidad" en favor de una mejor "adecuación" de la fuerza laboral al sistema económico.

El rechazo y el desprecio de las leyes laborales por parte de los sectores más conservadores y elitistas de la sociedad se centran no solo en el derecho laboral como ciencia legal, sino en todo lo que involucra a la rama especializada, incluidas las agencias estatales y sus servidores. No es sorprendente que la Justicia Laboral haya sido desacreditada y constantemente objeto de ataques por parte del gobierno actual y algunos parlamentarios. La verdad es que el sistema de justicia y la legislación laboral todavía simpatizan con el incumplimiento de la ley: la evasión de los derechos laborales, como se admite moralmente, no ha recibido tratamiento por motivos de ilegalidad.

La reforma de la legislación laboral, que promete "modernizar" las leyes laborales y, con ello, proporcionar condiciones ventajosas para la generación de empleos, se revela en realidad un inmenso desmonte de todo aparato protector laboral. Además de frustrar la efectiva participación de las entidades interesadas en las discusiones y en la elaboración del texto normativo, la reforma contraria directa y frontalmente las directrices de promoción del trabajo protegido establecidas por el orden internacional. En cuanto a las características subyacentes de la flexibilización y la desregulación de derechos laborales, la nueva legislación desprotege, precariza y transfiere los riesgos de la actividad económica para el trabajador, contrariando la propia lógica protectora del derecho del trabajo.

Son numerosas las innovaciones precarias que, en su conjunto, contradicen la noción de trabajo decente y protegido propugnado por la Organización Internacional del Trabajo y la Organización de las Naciones Unidas: la amputación del grupo económico laboral (artículo 2º, CLT), una figura cuya finalidad es la garantía del pago del crédito por cualquiera de las empresas favorecidas por el contrato de trabajo; la institución del trabajador que presta servicios con exclusividad y de forma continua sin perder su condición de autónomo (artículo 442-B, CLT), facilitando el fraude y la contratación sin la protección legal; el surgimiento del contrato intermitente (artículo 452-A, CLT), una modalidad en la cual el trabajador no dispone de horario fijo, no posee carga de trabajo



previamente establecida y no cuenta con salario cierto al final del mes; la tarificación y limitación de la indemnización por daño extrapatrimonial (artículo 223-G, CLT), inviabilizando la efectiva reparación del mal causado; crea obstáculos a la equiparación e isonomía salarial (artículo 461, CLT), afrontando el derecho a la igualdad formal y material; permite la tercerización ampliada y sin límites, permitiendo la prestación de servicios por intermedio de terceros en cualquier actividad, incluso en la principal (artículo 5º, Ley 6.019 / 74), lo que viabiliza la concepción del trabajo humano como mercancía y colide con los preceptos del trabajo seguro; la prevalencia de lo negociado sobre el legislado en relación a la jornada de trabajo, al descanso para reposo y alimentación y al encuadramiento del grado de insalubridad (artículo 611-A, CLT), cuestiones sobre la salud, higiene y seguridad del trabajo, no permitidas, pues, a la negociación; la extinción de la contribución sindical obligatoria (artículo 579, CLT) que debilita significativamente las entidades sindicales representativas de la clase obrera; etc.

No hay duda de que la reforma laboral brasileña contraria la noción de trabajo decente y, por lo tanto, la directriz trazada por la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible.

Si las Naciones Unidas enaltecen la protección de los derechos laborales como meta prioritaria para el logro del desarrollo sostenible, el mundo implementa políticas neoliberales y realiza reformas que pretenden hacer aún más flexible el derecho aplicado a las relaciones individuales de trabajo. Los derechos humanos están en jaque y la sostenibilidad del desarrollo está cada vez más lejos de ser alcanzada.

CONCLUSIÓN

Lejos de la pretensión del agotamiento temático, el presente artículo tuvo por finalidad demostrar que las políticas neoliberales implementadas en Brasil y en grande parte del mundo se oponen al plan de acción titulado *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, adoptada por los ciento noventa y tres Estados miembros de las Naciones Unidas en septiembre de 2015.



Una de sus metas específicas, constante en el octavo Objetivo de Desarrollo Sostenible, es decir, la generación de empleo decente y la protección de los derechos laborales, es sistemáticamente inobservada por los programas de gobierno de varios países, muchos de ellos periféricos, cuya política insiste en la profundización de la cartilla neoliberal mediante, sobre todo, la progresiva desprotección del aparato normativo laboral.

Esta desconexión entre teoría y práctica, entre palabra y actitud, sólo demuestra el desinterés global de todos los principios, objetivos y metas establecidos en la Agenda 2030, revelando su ineficacia y la prevalencia del poderío del capital en el direccionamiento de las estrategias de gobierno, superando y rompiendo barreras.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **O Direito do Trabalho na Filosofia e na Teoria Social Crítica**. Os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações. São Paulo: LTr, 2014.

_____. O direito do trabalho na filosofia e na teoria social crítica. Os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações. **Revista do TST**, Brasília, vol. 78, no 3, jul/set 2012.

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2003.

BALLESTER, Héctor Illueca; HERNÁNDEZ, Adoración Guamán. **El huracán neoliberal**: Una reforma laboral contra el Trabajo. Ediciones Sequitur: Madrid, 2012.

BRADLEY, Harriet; DEVADASON, Ranji; ERICKSON, Mark; WILLIAMS, Steve. **Globalization and Work**. Polity Press: Cambridge, Malden, 2013.

CAVALCANTI, Tiago Muniz. **Neabolucionismo e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2016.



CORREA, Eugenia. Hacia una política de pleno empleo en México. In CORREA, Eugenia; GIRÓN, Alicia; GUILLÉN, Arturo; IVANOVA, Antonina (coord.). **Estrategias para un Desarrollo Sustentable**. Ed. Miguel Angel Porrúa: México, 2013, p. 365- 380.

FRIGOTTO, G. Os Delírios da Razão: crise do capital e metamorfose conceitual no campo educacional. In: GENTILI, P. (Org.) **Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GIDDENS, Antony. **A terceira via e seus críticos**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna**. 13 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **World employment and social outlook**. Geneva: ILO, 2015.

MORGAN, Edmund S. Escravidão e liberdade: o paradoxo americano. **Estudos Avançados**. Vol. 14, nº 38. São Paulo, 2000. Pp. 121-150.

NUEVATRIBUNA. **Reforma Laboral: Cinco años de peores empleos y salarios y mayor desigualdad y pobreza**. S.I., 11.02.2017. Disponível em: <<https://www.nuevatribuna.es/articulo/economia-social/reforma-laboral-anos-peores-empleos-salarios-mayor-desigualdad-pobreza/20170211132020136615.html>>.

OIT, ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Conferência Internacional do Trabalho**. 87ª reunião. Genebra, junho de 1999.

PRANDI, José Reginaldo. **O trabalhador por conta própria sob o capital**. Ed. Símbolo: São Paulo, 1978.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Derechos humanos, democracia y desarrollo**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014.

_____. Más allá de la gobernanza neoliberal: el Foro Social Mundial como legalidade y política cosmopolitas subalternas. In SANTOS, Boaventura de Sousa; GARAVITO, César A. Rodriguez (Eds). **El derecho y la globalización desde abajo: Hacia una legalidad cosmopolita**. Traducción de Carlos F. Morales de Setién Ravina. Rubí (Barcelona): Anthropos; México: UAMCuajimalpa, 2007.

_____. Más allá de la imaginación política y de la teoría crítica eurocêntricas. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 114, 2017.



_____. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. CES-FEUC: Coimbra, 1989.

STANDING, Guy. O precariado e a luta de classes. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, vol. 103, 2014, pp. 9-24.

WATSON, Tony J. Sociology, **Work and Industry**. New York: Routledge, 2008.





Received: 14.11.2019
 Accepted: 10.12.2019

<https://doi.org/10.33239/rtdh.v2i2.56>

1 PhD in Law, European University Institute (EUI), LL.M. in International Legal Studies, New York University (NYU). Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) Professor.

<https://orcid.org/0000-0003-2692-0609>

2 PhD Candidate in Labor and Security Law, USP. Master at State University of Norte do Paraná (UENP). Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) Professor.

<https://orcid.org/0000-0002-1745-4143>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Arbitration of individual labor disputes in Brazil and Japan: a comparative analysis

Arbitragem de conflitos trabalhistas individuais no Brasil e no Japão: uma análise comparativa

Arbitraje de disputas laborales individuales en Brasil y Japón: un análisis comparativo

Tiago Andreotti e Silva¹

Guilherme Sampieri Santinho²

ABSTRACT

The way labor rights disputes are solved in Japan and Brazil in the last two decades has changed. New laws and interpretation have been challenging the way labor arbitration functions. In 2004, Japan passed the judicial labor tribunal system; in 2017, Brazil enacted the use of private arbitration under individual contracts, in addition to the provision in the 1988 Brazilian Federal Constitution allowing for the use of arbitration for collective contracts. There are common themes and comparative contrasts in the uses of arbitration in each country. They may use governmental and/or private structures to house dispute settlement processes of individual and/or collective labor disputes. However, there also are some differences, with Japan keeping the processes largely under governmental regulation and institutions, whereas Brazil provides legal authority to privatize much of the labor and employment law dispute resolution processes. The use of arbitration to settle labor rights disputes in Brazil and Japan, while having different approaches, have similar themes. Understanding their functionalities may present an opportunity for both countries to choose the best practices regarding these different dispute resolution structures. This Article compares the arbitration models in labor disputes in Japan and Brazil, providing guidance for possible improvements of the current systems.

KEYWORDS: Labor Arbitration; Alternative Dispute Resolution, Comparative Law

RESUMO

A forma pela qual as disputas trabalhistas são resolvidas no Japão e no Brasil nas últimas duas décadas mudou. Novas leis e interpretações têm desafiado o funcionamento da arbitragem trabalhista. Em 2004, o Japão aprovou o sistema do tribunal judicial do trabalho; em 2017, o Brasil promulgou o uso da arbitragem privada sob contratos individuais, além da disposição na Constituição Federal de 1988 que permite o uso da arbitragem para contratos coletivos. Há temas comuns e contrastes comparativos nos usos da arbitragem em cada país. Podem-se utilizar estruturas governamentais e/ou privadas para abrigar processos de solução de controvérsias de conflitos trabalhistas individuais e/ou coletivos. No entanto, também há algumas diferenças, com o Japão mantendo os processos amplamente sob a regulamentação e sob as instituições governamentais, enquanto o Brasil fornece autoridade legal para privatizar grande parte dos processos de resolução de disputas trabalhistas. O uso da arbitragem para resolver disputas de direitos trabalhistas no Brasil e no Japão, embora com abordagens diferentes, possui temas semelhantes. A compreensão de suas funcionalidades pode representar uma oportunidade para ambos os países escolherem as melhores práticas em relação a essas diferentes estruturas de resolução de disputas. Este artigo compara os modelos de arbitragem em disputas trabalhistas no Japão e no Brasil, fornecendo orientação para possíveis melhorias dos sistemas atuais.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem Trabalhista; Resolução Alternativa de Disputas; Direito Comparado

RESUMEN

La forma en que se resuelven los conflictos laborales en Japón y Brasil en las últimas dos décadas ha cambiado. Nuevas leyes e interpretaciones han desafiado el funcionamiento del arbitraje laboral. En 2004, Japón aprobó el sistema de tribunales laborales; en 2017, Brasil promulgó el uso del arbitraje privado bajo contratos individuales, además de la disposición de la Constitución Federal de 1988 que permite el uso del arbitraje para los convenios colectivos. Hay temas comunes y contrastes comparativos en el uso del arbitraje en cada país. Las estructuras gubernamentales y/o privadas pueden ser utilizadas para albergar procesos de resolución de conflictos laborales individuales y/o colectivos. Sin embargo, también hay algunas diferencias, ya que Japón mantiene los procesos en gran medida bajo regulación e instituciones gubernamentales, mientras que Brasil proporciona autoridad legal para privatizar gran parte de los procesos de resolución de disputas laborales. El uso del arbitraje para resolver disputas sobre derechos laborales en Brasil y Japón, aunque con diferentes enfoques, tiene temas similares. La comprensión de sus funcionalidades puede representar una oportunidad para que ambos países elijan las mejores prácticas en relación con estas diferentes estructuras de solución de controversias. En este artículo se comparan los modelos de arbitraje en los conflictos laborales en Japón y Brasil, y se ofrece orientación para posibles mejoras de los sistemas actuales.

PALABRAS CLAVES: Arbitraje Laboral; Resolución Alternativa de Conflictos; Derecho Comparado

INTRODUCTION

Dispute resolution mechanisms are created and evolve according to the characteristics of a given society. Where society is organized under the rule of law,¹ the creation and administration of dispute resolution mechanisms is primarily a function of the State,² particularly of its Judiciary branch, which acts both as a buffer between the rulers and ruled, and as the umpire and enforcer of legal rules in private relations (ANDREOTTI, 2017, p. 17) However, other dispute resolution mechanisms may be created to cater to specific needs which are not covered by the Judiciary, be it due to its costs, inefficiencies or other reasons that are important enough to lead interested parties in thinking about alternatives. This has

¹ Law is “[t]he regime that orders human activities and relations through systematic application of the force of politically organized society, or through social pressure, backed by force, in such a society; the legal system” (GARNER, 2009). The rule of law, however, is a term that is disputed. O’Donnell asserts that “its minimal (and historically original) meaning is that whatever law exists is written down and publicly promulgated by an appropriate authority before the events meant to be regulated by it, and is fairly applied by relevant state institutions including the judiciary” (O’DONNELL, 2004, p. 32-46).

² According to Weber, “[a] compulsory political organization with continuous operations will be called a ‘state’ insofar as its administrative staff successfully upholds the claim to the monopoly of the legitimate use of physical force in the enforcement of its order” (WEBER, 1978, p. 54).



been the recent case for arbitration³ regarding labor relations, which has come under discussion in different countries. However, either from a policy perspective as well as a legal one, relevant questions of whether arbitration is desired or even permitted for labor disputes need to be addressed.

Labor relations, absent the organization of workers, are marked by the difference in power between the employer and the employee. To this extent, the use of arbitral mechanisms to solve individual labor disputes may favor employers if there is no participation in their design by labor representatives. Understanding the creation of a given system can bring relevant insights as to whether it will be effective to enforce rights, or whether it will be a means of protecting the interests of one of the sides of the disputes.

On the legal aspect, arbitration is used for disputes where the subject matter is arbitrable, which is defined according to the law of each legal system, usually considering matters of public rights, interests of third-parties or related to governmental authority (BORN, 2009, p. 768). Therefore, the legality of using arbitration for labor relations has to be assessed according to the law of each country where it will be used.

The objective of this article is to analyze the ongoing developments of labor arbitration in Brazil and Japan, comparing the cultural characteristics of labor disputes in each country and their possible effects on the design of this dispute resolution system.

This article is divided in five parts: after this introduction (1), we first analyze the relationship between dispute resolution, arbitration and labor law, and how the use of arbitration for labor relations may present some complicated issues (2). The third part of the article discusses the latest Brazilian developments for labor arbitration, considering the questions raised in section one (3), while the fourth part does the same for Japan (4). Finally, we conclude (5).

³ Arbitration is “a private mechanism of dispute resolution, where a third-party, chosen by the parties of the dispute, imposes a decision, which will have to be observed by the parties” (Translated by the Authors.) (CARMONA, 2009, p. 31)



1. DISPUTE RESOLUTION, ARBITRATION AND LABOR LAW

Disputes are resolved according to the parties' interests, rights or power (SMITH; MARTINEZ, 2009, p. 126). Interest based dispute resolution is based on negotiation and mediation mechanisms, and when the parties are able to reach an agreement they usually are satisfied with it (SMITH; MARTINEZ, 2009, p. 126). However, if they are not able to negotiate a solution, the parties may resort to the legal system, where their claims will be based on their rights, applied by a neutral third-party, or on power, which may lead to extreme consequences such as violence (SMITH; MARTINEZ, 2009, p. 126). A functioning dispute resolution system is desired to the extent that it diminishes the use of power as a means of dispute resolution, and also allows for the parties that rely on it to better plan their economic activities (ANDREOTTI, 2017, p. 17-22)

In this context, the design of dispute resolution mechanisms based on rights should strive to achieve certain goals, such as finality, obedience to its decisions, guidance to future players, efficiency regarding its costs and the results achieved, availability, which is a matter of access to justice, neutrality, fairness and conflict reduction (GETMAN, 1979, p. 918). As a function of the legal system, rights based dispute resolution mechanisms are responsible to solve disputes and decide a given issue when parties are not able to reach an agreement. In case of noncompliance with a decision, a dispute resolution mechanism may also need mechanisms to enforce a previously given decision.

The adequacy of a dispute resolution system to achieve the aforementioned goals is, however, dependent on the parties' interests and the incentives that are available to them. For example, to reduce conflicts the system must be effective, to the extent that a possible defendant knows that in case of a right violation he will likely be sued, convicted and will be obliged to pay. On the other hand, a decision to sue depends on the costs that the claimant will have to bear, such as legal fees to file a lawsuit and the amount to be paid for lawyer representation, as well as the likelihood of prevailing on his claim.



Each set of relations have their peculiarities that need to be considered so a dispute resolution system that addresses disputes arising out of them can be effective.

Labor relations are qualified by the inequality between the actors and the misalignment of their interests. Inequality is characterized to the extent that the employer is the owner of the means of production, while the employee only has his time, strength and abilities to sell. The strength of the worker *vis a vis* the employer is a function of the supply and demand labor curve. A higher rate of unemployment means the employer has a stronger position in relation to workers, regarding the negotiation of wage and work conditions. Within this context, the struggle between capital and labor is evident: while the employer would prefer to pay as little as possible for the employee's labor, the employee would prefer to earn as much as possible for the work performed.

In capitalist societies this is a well-known struggle. For example, in 1895 Oliver Wendell Holmes Jr. explained that “[one of the eternal conflicts out of which life is made up is that between the effort of every man to get the most he can for his services, and that of society, disguised under the name of capital, to get his services for the least possible return. Combination on the one side is patent and powerful.” (SHULMAN, 1955, p. 1954-1955).

Left to purely private organization, labor relations can become dehumanizing. It is well established that during the industrial revolution extenuating hours and child labor was an integral part of the way in which society was structured to produce goods (VOTH, 2003, p. 221-226).

The state has a role to appease these problems, either directly, with legislation imposing labor rules, or indirectly, serving as a forum to enforce what has been agreed upon between the parties, either individually or collectively. However, the state can be even a degree further on its guaranteeing role, only to function as an enforcer of rules that enable alternative dispute resolution mechanisms, serving only as the backstop when everything else has failed.

Within this context, arbitration can be used as the dispute resolution forum, as long as there is legislation in place that allows the subject matter to be arbitrable. Public policy



considerations are relevant regarding which type of disputes are arbitrable. Gary Born explains that

The types of disputes which are non-arbitrable nonetheless almost always arise from a common set of considerations. The non-arbitrability doctrine rests on the notion that some matters so pervasively involve public rights, or interests of third parties, which are the subjects of uniquely governmental authority, that agreements to resolve such disputes by “private” arbitration should not be given effect. (BORN, 2009, p. 768)

The decision of a society to allow for individual labor arbitration should consider all these questions, including the extent of protection the law gives to workers, how the arbitration system will be designed and how will this shift the current labor relations in a country.

Allowing for arbitration without calibrating these concerns in individual labor arbitrations may create some serious issues for workers. For example, allowing for mandatory arbitral clauses that restrict the worker to a dispute resolution system that is organized by employers’ organizations may create a fairness problem. For example, labor arbitration in the US with repeat player employers, employees fare worse in arbitration when compared non-repeat players. (BINGHAM, 1999). In addition, arbitration can be costly for employees, which could bar their access to justice.

However, individual labor arbitration may have an important role in society. The lower the power imbalance between employer and employee, the more appropriate it is to allow for the parties to decide the best system to resolve their disputes. In addition, ineffective justice systems may create an opportunity for structuring alternative dispute resolution systems, benefiting both employers and employees. In 2016 the Labor Justice in Brazil was in crisis due to the increase in lawsuits and the budget restrictions that were imposed, which led to lengthy judgments, which was a bad situation for both parties, but especially to the workers that had the right to be paid.

The next sections will analyze individual labor arbitration in Brazil and in Japan.



2. LABOR ARBITRATION IN BRAZIL

Brazil is known to have a litigation culture. This is acknowledged even by the current Brazilian Supreme Court President, José Antônio Toffoli⁴. With more than 1 million active lawyers in Brazil⁵, its labor trial courts received 1.742.507 new lawsuits in 2018⁶. With this amount of litigation, it becomes necessary for dispute resolution systems to be efficient, which is not always the case with Brazilian Courts, allowing for the development of alternative dispute resolution systems.

In 1996, Law 9.307/96 (Arbitration Law) was enacted, with the objective of modernizing arbitration in Brazil. Some important issues were dealt with, such as arbitration's independence from the judiciary and the use of arbitral clauses to preclude a party from resorting to the judiciary to solve disputes.

However, the 1988 Constitution has a norm stating that “the law will not exclude from the Judiciary the appreciation of a harm or threat to a right”⁷ (art. 5, XXXV), which led to a discussion of whether arbitration clauses were constitutional. This issue was swiftly solved by the Brazilian Constitutional Court in 1997, with the decision in the SE 5206 AgR/EP:

[...] 3. Arbitration Law (L. 9.307/96): constitutionality, in theory, of arbitration; incidental discussion of the constitutionality of various topics of the new law, especially regarding the compatibility, or not, between the arbitral clause's judicial execution for the solution of future conflicts and the constitutional guarantee of the universality of the Judiciary (CF, art. 5º, XXXV).

⁴ OTTA, L. “No Brasil, existe a cultura do litígio”. *Jornal Estadão*, 23/09/17. Available at <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,no-brasil-existe-a-cultura-do-litigio,55902>, accessed on 08/09/2019.

⁵ PEDROZO, J.; ABRÃO, C. **Um a cada 190 habitantes: por que o Brasil tem tanto advogado**. *Gazeta do Povo*, 11/08/2019. Available at <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/numero-advogados-brasil-oab/>, accessed on 08/09/2019.

⁶ TST. **Recebidos e Julgados na Justiça do Trabalho em 2018**. Available at www.tst.jus.br/documents/18640430/23408293/Ano+de+2018.pdf/266a7b60-6210-27c1-cf56-153258f89ccb, accessed on 08/09/2019.

⁷ Translation by the authors.



Constitutionality declared by the full court, considering the Tribunal, by majority of votes, that the consent of the parties expressed by the arbitral clause, when the contract was entered into, and the legal permission given by the judge to substitute the will of the unwilling party to sign the arbitration agreement does not violate art. 5, XXXV of the Constitution.

Regarding labor disputes, the Constitution also has a provision that expressly states that arbitration can be used for collective conflicts,⁸ which led to discussions and judicial decisions that it could not be used for individual labor disputes, due to the inherent power unbalance regarding employer and employee and the non-disposable character of labor rights (FERNANDES, 2018, p. 1-2). It is important to note, however, that some commentators have the understanding that the decisions from the Superior Labor Court would only preclude mandatory arbitration based on an arbitral clause, but would allow for arbitration after the conflict had arisen and the parties engaged in an arbitration procedure (PEREIRA JR.; SERRA, 2018, p. 50).

These were decisions made by the Brazilian Labor Court, which has the competence to deal with work related matters⁹, but does not have the final word on whether a given legal norm is constitutional.

In 2015 the Brazilian Arbitration Law was amended (Law 13.129/15). One of the norms that was within the Law Project 406/2013 was to expressly allow for arbitration clauses in individual labor contracts, as long as the employee was a manager or a statutory director. In addition, for arbitration to be valid, it had to be initiated by the employee or with his express agreement. This provision was vetoed by the Brazilian President at the time, with the argument that there would be an unequal difference among workers.¹⁰

⁸ CF, art. 114, §§1º and 2º.

⁹ CF, art. 114, I.

¹⁰ “O dispositivo autorizaria a previsão de cláusula de compromisso em contrato individual de trabalho. Para tal, realizaria, ainda, restrições de sua eficácia nas relações envolvendo determinados empregados, a depender de sua ocupação. Dessa forma, acabaria por realizar uma distinção indesejada entre empregados, além de recorrer a termo não definido tecnicamente na legislação trabalhista. Com isso, colocaria em risco a generalidade de trabalhadores que poderiam se ver submetidos ao processo arbitral.” BRASIL. Message n. 162, from May 26, 2015.



Despite this veto arbitration continued to be considered and discussed as an alternative for labor disputes. The labor reform was seen as an opportunity to create legislation that would expressly allow for individual labor arbitration, inserting article 507-A in the Consolidation of Brazilian Labor Laws (CLT), which states:

Art. 507-A In individual labor contracts where the remuneration is above twice the limit established for the General Social Security System benefits, an arbitration clause may be agreed, as long as by the initiative of the employee or with his express agreement, according to Law n. 9.307, of September 23, 1996.¹¹

At the time this article is being written, the remuneration limit for the payment of the General Social Security System benefits is of R\$ 5.839,45, which means that whenever remuneration is over R\$ 11.678,90¹², arbitration can be used. According to Nexo Jornal, this income is more than what is earned by 98% of the Brazilian population.¹³

There is a common trend both with the norm that was vetoed and the one that was approved. Both differentiate who will be able to resort to arbitration, excluding most employees from its provision. Within labor legislation, which is protective of employees due to the power imbalance existent in labor relations, these provisions were thought to allow for the use of alternative dispute resolution methods only when employer and employee are on more equal footing, be it due to the characteristics of the employee's role within the company or due to his salary.

The latest decisions from the Superior Labor Tribunal are still confirming the impossibility of individual labor arbitration, but they analyze labor contracts that started

¹¹ Translation by the authors.

¹² Approximately: US\$ 2874,00 -September of 2019

¹³ Available at <https://www.nexojournal.com.br/interativo/2016/01/11/O-seu-sal%C3%A1rio-diante-da-realidade-brasileira>. Accessed on 08/09/2019.



before the reform¹⁴. However, the discussion seems to be of a constitutional nature¹⁵, which will require a decision from the Brazilian Constitutional Court for the matter to be settled.

Brazilian commentators have been writing about the advantages of individual labor arbitration, such as costs, speed and confidentiality (DALLEGRAVE NETO; GARCIA, 2018, pp. 26-42) and the preconditions for the legal possibilities of arbitrating individual labor claims PEREIRA JR.; SERRA, 2018, p. 43-56).

The main issue is whether the legal labor regime can be differentiated according to the type of employee, be it regarding his function or remuneration. This type of differentiation already exists regarding other legal issues¹⁶, and has been widened by the labor reform. For example, art. 444, single paragraph allows for those who have a college degree and a salary that is twice the limit established for the General Social Security System benefits to negotiate work conditions that, for other workers, can only be collectively negotiated.

Despite the strong resistance of the Superior Labor Tribunal regarding the use of arbitration for individual labor disputes, the legal question to be answered is whether art. 507-A of the CLT is compatible with the Brazilian Constitution. While this is not clearly established, arbitration still not is a safe dispute resolution system, either for the employers as for the employees.

3. LABOR ARBITRATION IN JAPAN

Japan is known to have a labor culture that prioritizes long-term contracts and seniority-based wages (YAMAKAWA, 2016, p. 171), where workers have an important role even within the corporate governance of companies (ARAKI, 2000, p. 101-102).

¹⁴ For example, RR-837-92.2012.5.09.0411, 6ª T., j. 04/09/2019 and Ag-ED-ED-AIRR-1606-98.2011.5.02.0001, 1ª T., j. 26/06/2019.

¹⁵ For example, in RR-1421-62.2012.5.09.0411, 6ª T., j. 28/08/2019, the Tribunal states that “the constitutional legislator only allowed the adoption of arbitration for collective conflicts, as described by §§1º and 2º of art. 114 of the Federal Constitution, foreseeing, still, the necessity to observe the ‘minimal legal dispositions to protect work’” (Translated by the Authors).

¹⁶ Such as time control for managers.



This organization of labor relations has the benefit of lessening the disputes between employers and employees, due to the importance that is given to the worker in the company and because the worker would rather not create conflicts due to the fact that their relation is expected to be long and there usually are prospects of better conditions in the future (YAMAKAWA, 2016, p. 171).

Araki (2000, p. 114) explains that the stability in Japanese labor relations is the result of three factors: enterprise-level unionism, joint labor-management consultation practices and internal management promotion practices¹⁷.

The Enterprise unionism, developed historically in Japan, allows for an efficient mechanism for reconciling the interests of employers and employees, with a pragmatic approach regarding workers' demands vis-a-vis the company's competitiveness (ARAKI, 2000, p. 115). Also the with the joint practices it is common for Japanese companies to have formal consultation channels between labor and management. After WWII, labor relations were very adversarial with many confrontations. The joint consultation procedures arose, voluntarily, out of this situation, with the Productivity Increase Movement, where its three basic principles were to increase productivity with the help of employees, by using the joint consultation procedures, which in turn would enhance employment security, with a commitment to use other measures instead of layoffs, and the increase in productivity would also be equally distributed among managers, employees and customers (ARAKI, 2000, p. 116-117). And last the internal practices, as describe by Araki's article, the Japanese boards were composed of nearly half of directors with employee-functions, with a considerable part of these directors having a past of union leadership ("28.2% of top management was not only union members, but also leaders of an enterprise union") (2000, p. 117-118). This type of internal promotion

¹⁷ When Araki's article was published (2005), Japanese boards were composed of nearly half of directors with employee-functions, with a considerable part of these directors having a past of union leadership ("28.2% of top management was not only union members, but also leaders of an enterprise union") (2000, p. 117-118). This type of internal promotion demonstrates to other workers that their career path can be promising and creates a direct communication channel between labor and management.



demonstrates to other workers that their career path can be promising and creates a direct communication channel between labor and management.

However, Japanese labor relations are changing. The most obvious problems with the classical Japanese labor relations structure is that it has created a highly discriminatory labor structure, where mostly males employed directly from school will be able to hold lifetime positions, and that due to large presence of enterprise unions, as mentioned before, where the organization of workers were mostly targeted to those who were eligible for lifetime employment, reinforcing the discriminatory structure and leaving part-time workers unprotected (HANAMI, 2004, p. 10-12). With the decline of Unionization and the increase of part-time work (HANAMI, 2004, p. 9-12), where workers do not have the same strong incentives as lifetime employees to refrain from initiating a dispute, conflicts have been growing.

Yamakawa suggests that changes in employer's behavior and the labor market, such as diminishing union density and the use of joint consultation, a change in the long term employment practices and the consequent worker fidelity and the diminishing role of middle management as conflict buffers, are some of the causes for the increasing labor disputes in Japan (YAMAKAWA, 2016, p. 193-195). This change in labor relations led to the need to create different disputes resolution mechanisms to deal with this fact.

In 2001, with the Individual Labor-Related Disputes Act, the "System for Promoting Resolution of Individual Labor Disputes" was created, with conciliation mechanisms by the dispute adjustment commissions and administrative guidance by the directors of prefectural labor bureaus (YAMAKAWA, 2016, p. 268). Within the Judiciary system, in 2004 Japan created a new Labor Tribunal system, at the District Court Level, to deal with the increasing number of disputes. This is a system structured as a mediation/adjudication procedure where tribunal panel composed of three members (a professional judge, a lay-member from management and a lay-member from labor) may render binding awards in case mediation fails (YAMAKAWA, 2016, p. 171-174). Contrary to arbitration procedures, the binding effect of the



award does not stand if an objection is filed and the case then goes to ordinary court (YAMAKAWA, 2016, p. 171-174).

Despite the current developments and the increase in individual dispute resolution in labor relations in Japan, arbitration has not been a mechanism that has been resorted to. Arbitration clauses are not common in collective bargaining agreements, and arbitration clauses between an individual and his employer are void according to the Japanese Arbitration Act. (YAMAKAWA, 2016, p. 170).¹⁸

The closest experience to individual labor arbitration in Japan is baseball salary arbitration. It is a system created by the owners of baseball teams (corporate conglomerates), where players who are dissatisfied with the terms of their contract for the upcoming season may present a request for salary arbitration (SNYDER, 2009, p. 85). However, as Japanese players' contracts are renewable yearly contracts, this is a mechanism to define contractual terms for the next season, which characterizes it more as a negotiating procedure, a privilege for the player, which does not even have to be granted, than proper litigation based on rights (SNYDER, 2009, p. 85).

The procedure is also highly biased in favor of the baseball teams. The panel that will decide the player's request is made by constituted by the Nippon Professional Baseball (NPB) Commissioner and the two league presidents, who are chosen and paid by the Japanese club owners (SNYDER, 2009, p. 87). It is not surprising that this is a system that has not been used extensively, with only six cases until 2008 (SNYDER, 2009, p. 89).

The outlook for individual labor arbitration in Japan does not seem promising. Japanese labor culture is oriented to conflict avoidance, with long-term contracts and a sense of stability and cooperation in labor relations. Despite the changes that are looming in this culture, Japan has a variety of labor dispute resolution mechanisms, both at the administrative

¹⁸ "Article 4. (Exception Relating to Arbitration Agreements Concerning Individual Labor-related Disputes) For the time being until otherwise enacted, any arbitration agreements concluded following the enforcement of this Law, the subject of which constitutes individual labor-related disputes (which means individual labor-related disputes as described in article 1 of the Law on Promoting the Resolution of Individual Labor Disputes [Law No.112 of 2001]) that may arise in the future, shall be null and void. Available at <http://japan.kantei.go.jp/policy/sihou/arbitrationlaw.pdf>. Accessed on 03/09/2019.



and judiciary levels, which does not leave much space for the development of alternative private dispute resolution mechanisms. In addition, arbitration law as it is does not allow for arbitration of individual labor disputes in Japan.

CONCLUSION

Brazil and Japan differ substantially when it comes to labor litigation culture. While in Brazil, with more than a million lawyers, litigation culture is strong across the board, including labor disputes, Japanese culture is more inclined to conflict avoidance, especially due to the characteristics of the labor relations in the country, with long-term work relationships and expected growth within the ranks of the company along time. This also translates in the dispute resolution mechanisms that are available, including the development of labor arbitration.

Despite these differences, both legal systems are strongly protective of workers. As arbitration is seen as a private dispute resolution mechanism with no oversight of the state, it is not well accepted as a suitable mechanism for labor disputes.

While in Japan individual labor arbitration is outright prohibited, in Brazil there has been some attempts to allow its use, both with the Arbitration Law reform, where the provision for individual labor arbitration was vetoed, as well as with the Labor Law reform, which included a provision that allowed for individual labor arbitration depending on the remuneration of the employee. However, Brazilian courts may resist the use of arbitration for individual labor disputes. Until Brazilian courts do not decide whether arbitration clauses in individual labor contracts are valid, it will be dangerous to rely on this dispute resolution mechanism.

The question to be answered is whether the use of arbitration will harm employees, considering the power difference in this relationship. In most cases this could be true, especially when labor representatives do not participate in the design of the dispute resolution system. Outright prohibition of arbitration for individual labor disputes, however,



does not seem to be the best option, as there may be positive aspects for its use in specific circumstances, such as with highly specialized workers or top managers.

Arbitration could play an important role in the dispute resolution mechanisms available for individual labor disputes, but for the market to develop it is first necessary for this mechanism to be allowed, which still is not in Japan, and legally safe, which depends on how courts will interpret its use in Brazil. However, if allowed, courts could control those situations where the use of arbitration was unconscionable, still protecting those weaker employees without harming the development of alternative dispute resolution mechanisms.

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

ANDREOTTI, T. **Dispute Resolution in Transnational Securities Transactions**. Oxford: Hart Publishing, 2017.

ARAKI, T. A Comparative Analysis: Corporate Governance and Labor and Employment Relations in Japan. In: **Comparative Labor Law and Policy Journal**. v.22, p. 101-125, 2000.

BINGHAM, L. Employment Arbitration: the repeat player effect. In: **Employee Rights and Employment Policy Journal**, v. 1, n. 1, 1999.

BORN, G. **International Commercial Arbitration**. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2009.

CARMONA, C. **Arbitragem e Processo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DALLEGRAVE NETO, J.; GARCIA, P. Arbitragem em Dissídios Individuais de Trabalho. In: **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, v. 8, n. 73, pp. 26-42, nov. 2018.

FERNANDES, J. A Arbitragem em Conflitos Individuais Trabalhistas: uma interpretação constitucional e lógico-sistemática do art. 507-A da CLT. In: **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**, v. VII, n. 10, Oct. 2018.

GARNER, B. **Black's Law Dictionary**. 9. ed. WEST, 2009.



GETMAN, J. Labor Arbitration and Dispute Resolution. In: **The Yale Law Journal**, v. 88, p. 916-949, 1979.

HANAMI, T. The Changing Labor Market, Industrial Relations and Labor Policy. In: **Japan Labor Review**, v. 1, p. 4-16, 2004.

O'DONNELL, G. Why the Rule of Law Matters. In: **Journal of Democracy**, v. 15, p. 32-46, October 2004.

PEREIRA JR., a; SERRA, M. A (Im)Possibilidade da Arbitragem nos Dissídios Individuais do Direito do Trabalho. In: **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, v. 8, n. 73, pp. 43-56 Nov. 2018.

SHULMAN, H. Reason, Contract and Law in Labor Relations. In: **Harvard Law Review**, v. 68, p. 999-1024, 1955.

SMITH, S; MARTINEZ, J. An analytic Framework for Dispute Systems Design. In: **Harvard Negotiation Law Review**, v. 14, p. 123-169, 2009.

SNYDER, D. Automatic Outs: salary arbitration in Nippon professional baseball. In: **Marquette Sports Law Review**, v. 20, n. 1, pp 79-93, 2009.

TST. *Recebidos e Julgados na Justiça do Trabalho em 2018*. Available at www.tst.jus.br/documents/18640430/23408293/Ano+de+2018.pdf/266a7b60-6210-27c1-cf56-153258f89ccb, accessed on 08/09/2019.

VOTH, H.J. Living Standards During the Industrial Revolution: an economist's guide. In: **AEA Papers and Proceedings**, V. 93, n. 2, p. 221-226, 2003.

WEBER, M. **Economy and Society**. University of California Press, 1978.

YAMAKAWA, R. Japan. In: EBISUI, M.; COONEY, S.; FENWICK, C. (Eds.). **Resolving Individual Labor Disputes: a comparative overview**. Geneva: ILO, 2016.





Received: 04.11.2019
 Accepted: 17.12.2019

<https://doi.org/10.33239/rtdh.v2i2.54>

1 Mestre em Saúde Coletiva pela UNESP/FMB – Botucatu e Técnico de Segurança do Trabalho pelo Centro de Referência em Saúde do Trabalhador de Piracicaba.

<https://orcid.org/0000-0003-4936-2312>

2 Docente do Departamento de Saúde Pública da Faculdade de Medicina de Botucatu, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Doutor e Mestre em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo, graduado em Medicina pela Universidade Federal do Espírito Santo.

<https://orcid.org/0000-0002-8475-3805>

3 Pós-Doutor pelo Center for Research on Activity Development and Learning – CRADLE da Universidade de Helsinque, doutor em Saúde Coletiva pela Universidade Estadual de Campinas e professor livre-docente em Regime de Dedicção Integral à Docência e Pesquisa pela Universidade de São Paulo - USP.

<https://orcid.org/0000-0002-8556-2189>

4 Mestre e doutoranda em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo, graduada em Terapia Física pela Universidade Nacional de Colômbia - Bogotá.

<https://orcid.org/0000-0003-4059-2365>

5 Pós-Doutora em Saúde do Trabalhador e Saúde Ambiental pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (USP), doutora e mestre em Saúde Coletiva pela Universidade Estadual de Campinas e Socióloga aposentada do Centro de Referência em Saúde do Trabalhador de Piracicaba.

<https://orcid.org/0000-0001-8980-546X>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Acidentes incubados na regulação do setor elétrico: estudo de determinantes organizacionais e de suas consequências sociais

incubated accidents in the regulation of the electricity sector: study of organizational determinants and their social consequences

accidentes incubados en la regulación del sector eléctrico: estudio de los determinantes organizativos y sus consecuencias sociales

Alessandro José Nunes Silva¹
Ildeberto Muniz de Almeida²
Rodolfo Andrade de Gouveia Vilela³
Sandra Lorena Beltran Hurtado⁴
Mara Alice Conti Takahashi⁵

RESUMO

Desde sua privatização, mudanças organizacionais no setor elétrico brasileiro impactam a saúde e segurança dos trabalhadores. Este estudo é motivado por quatro objetivos: descrever (1) desfechos imediatos e tardios de um acidente de trabalho grave no setor elétrico; (2) aspectos técnicos e proximais do acidente e; (3) origens organizacionais e gerenciais incubadas na história do sistema, (4) descrever em profundidade os determinantes organizacionais que contribuíram na ocorrência do acidente. Neste estudo de caso realizou-se análise documental, entrevistas, grupo focal, e observação direta. Os acidentes têm efeitos diretos e indiretos aos trabalhadores e familiares: dificuldades na reintegração familiar, no meio social e nas relações de trabalho. O estudo de caso permite elaborar hipóteses que sugerem avaliações para verificar se os achados estão se repetindo no setor. O caso revela que as decisões gerenciais no nível local se associam a aspectos da regulação pública que tem como objetivos: (a) a redução do tempo de interrupção de energia, e (b) a redução do preço das tarifas. Estes dois parâmetros têm implicação na accidentalidade do setor, introduzindo fatores organizacionais patogênicos no sistema, seja na introdução de pressão de tempo para a realização de tarefas perigosas, seja na realização de cortes em investimentos, na manutenção, na contratação de pessoal especialmente via terceirização e precarização da força de trabalho, no treinamento e na segurança. A análise em profundidade de acidentes pode contribuir para elucidar como determinantes organizacionais introduzem distúrbios no sistema facilitando os acidentes. Transformar e intervir sobre esses determinantes pode contribuir para tornar o trabalho mais seguro e sustentável.

PALAVRAS-CHAVE: Acidentes de trabalho; Análise de acidente; Prevenção de acidentes; Terceirização; Distribuição de energia elétrica

ABSTRACT

Since its privatization, organizational changes in the Brazilian electricity sector have impacted the health and safety of workers. This study is motivated by four objectives: (1) to describe the immediate and later outcomes of a serious occupational accident in the electrical sector; (2) technical and proximal aspects of the accident; and (3) organizational and managerial origins incubated in the history of the system, (4) to describe in depth the organizational determinants that contributed to the occurrence of the accident. In this case study, documentary analysis, interviews, focus group, and direct observation were performed. Accidents have direct and indirect effects on workers and their families: difficulties in family reintegration, in the social environment and in work relations. The case study allows the development of hypotheses that suggest evaluations to verify if the findings are being repeated in the sector. The case shows that management decisions at the local level are associated with aspects of public regulation that have as objectives: (a) the reduction of the energy interruption time, and (b) the reduction of the price of tariffs. These two parameters have implications on the accidentality of the sector, introducing pathogenic organizational factors in the system, whether in the introduction of time pressure to perform dangerous tasks, or in making cuts in investments, in maintenance, in hiring personnel, especially via outsourcing and precariousness of the workforce, in training and in safety. In-depth analysis of accidents can help to clarify how organizational determinants

introduce disturbances into the system by facilitating accidents. Transforming and intervening on these determinants can contribute to making work safer and more sustainable.

KEYWORDS: Occupational accidents; Accident analysis; Accident prevention; Outsourcing; Electricity distribution.

RESUMEN

Desde su privatización, los cambios organizativos en el sector eléctrico brasileño han afectado la salud y la seguridad de los trabajadores. Este estudio está motivado por cuatro objetivos: (1) describir los resultados inmediatos y tardíos de un accidente laboral grave en el sector eléctrico; (2) los aspectos técnicos y proximales del accidente; y (3) los orígenes organizacionales y gerenciales incubados en la historia del sistema; (4) describir en profundidad los determinantes organizacionales que contribuyeron a la ocurrencia del accidente. En este estudio de caso, se realizaron análisis documentales, entrevistas, grupos focales y observación directa. Los accidentes tienen efectos directos e indirectos sobre los trabajadores y sus familias: dificultades en la reintegración familiar, en el entorno social y en las relaciones laborales. El estudio de caso permite el desarrollo de hipótesis que sugieren evaluaciones para verificar si los hallazgos se están repitiendo en el sector. El caso muestra que las decisiones de gestión a nivel local están asociadas a aspectos de la regulación pública que tienen como objetivos: a) la reducción del tiempo de interrupción de la energía, y b) la reducción del precio de las tarifas. Estos dos parámetros tienen implicaciones sobre la accidentalidad del sector, introduciendo factores organizativos patógenos en el sistema, ya sea en la introducción de la presión del tiempo para realizar tareas peligrosas, o en la reducción de inversiones, en el mantenimiento, en la contratación de personal, especialmente a través de la externalización y la precariedad de la mano de obra, en la formación y en la seguridad. Un análisis en profundidad de los accidentes puede ayudar a aclarar cómo los determinantes de la organización introducen perturbaciones en el sistema al facilitar los accidentes. La transformación y la intervención en estos determinantes pueden contribuir a hacer que el trabajo sea más seguro y sostenible.

PALABRAS CLAVE: Accidentes de trabajo; Análisis de accidentes; Prevención de accidentes; Outsourcing; Distribución de energía eléctrica.

INTRODUÇÃO

O predomínio hegemônico do ideário neoliberal e a globalização financeira da economia, com internacionalização de bens e serviços que desrespeita as fronteiras do Estado-Nação, impuseram processo de racionalização e intensificação do trabalho humano (DRUCK; FRANCO; BORGES, 2007). Os grandes conglomerados econômicos atuam em rede objetivando usufruir vantagens competitivas de diferentes países, com ênfase na contratação de mão de obra barata e sem as “amarras” da legislação estatal de regulação das condições de trabalho e de proteção social. O aumento da competição têm sido um dispositivo de gestão amplamente utilizado para redução dos custos da força de trabalho (DRUCK; FRANCO; BORGES, 2007).

Na mesma lógica, os serviços estatais essenciais foram significativamente atingidos – saúde, educação, previdência social, transportes, energia elétrica – resultando em



privatizações e conseqüente ressignificação do papel do Estado e de suas atividades antes exclusivas (DRUCK, 2016).

No âmbito privado, houve profunda reconfiguração das empresas em geral envolvendo processos de reestruturação produtiva e reengenharia de postos de trabalho, e formas de organização que resultaram em desemprego, intensificação e precarização das condições de trabalho (ANTUNES, 2012).

Vários dispositivos de gestão são acionados para obter a intensificação do trabalho: aumento do controle de desempenho, de horas extras e da densidade do trabalho; aumento das metas de produção, das funções e responsabilidades em trabalhos com carga cognitiva; redução da carga horária com efetivo menor; invasão do trabalho no tempo de descanso do trabalhador, limitando ou impedindo a regulação social e familiar (KREIN, 2009).

Estes dispositivos também passaram a ser utilizados no âmbito do Estado, agora reformado e enxuto, cujo papel e responsabilidades foram igualmente transformados: o Estado provedor de serviços essenciais a população passou a ser o Estado regulador, que estabelece condições de operação para serviços autorizados, e o Estado auditor, que avalia os resultados (BALL, 2004).

Os impactos gerais destas mudanças foram estudados, mostrando a consistente relação de causalidade entre os processos de privatização, terceirização, e a precarização das condições e relações de trabalho e seus efeitos adversos para a saúde dos trabalhadores (DIEESE, 2017; MANDARINI; ALVES; STICCA, 2016; MILCH; LAUMANN, 2016; WEIDENBAUM, 2005).

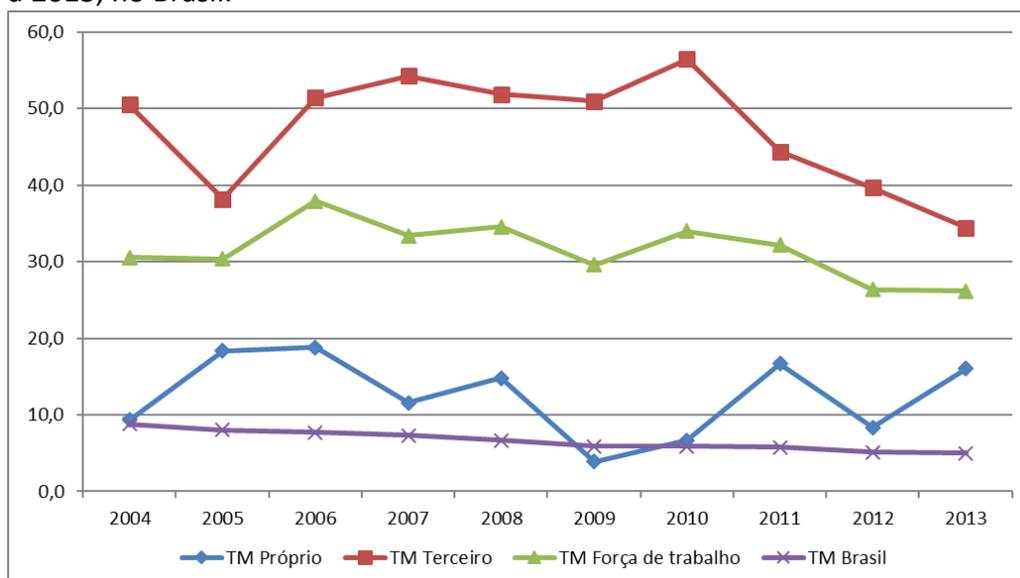
No Brasil, o setor de energia elétrica merece destaque por suas rápidas mudanças, seja nas bases tecnológicas, concebidas exclusivamente para otimização da produção e do barateamento tarifário, seja nas práticas gerenciais, decorrentes da privatização das concessionárias de distribuição. Tais mudanças não foram acompanhadas de políticas públicas e práticas de prevenção e controle de agravos relacionados ao trabalho e introduziram novos perigos à saúde dos trabalhadores (SILVA et al., 2018).

Nos últimos anos a taxa de mortalidade do setor elétrico por acidentes de trabalho foi em média cinco vezes maior do que a dos demais setores formais da economia (Figura 1). A



maior parte destes acidentes ocorreu na manutenção da rede de distribuição de energia elétrica, privatizada em meados da década de 1990, em fiação de linha aérea convencional (linha viva), energizada e desprotegida (SILVA, 2015).

Figura 1: Taxa de mortalidade (TM) do setor elétrico a cada 100.000 trabalhadores, efetivos, terceiros, força de trabalho geral do setor elétrico e força de trabalho geral do Brasil, de 2004 a 2013, no Brasil.



Fonte: SILVA et al., 2018, p. 3.

Este estudo explora um acidente de trabalho do setor elétrico buscando analisá-lo como fenômeno organizacional, com origens e consequências associadas à história do sistema sócio técnico em questão, revelando causas e consequências, proximais e distais ou latentes (HALE et al., 2007).

Em síntese, trata-se de explorar as análises de acidentes apoiadas no enfoque organizacional, no uso de conceitos de diferentes áreas do conhecimento que permitam trazer para a agenda da prevenção processos de escolhas estratégicas adotadas (tecnologias usadas, gestão de produção, manutenção, de pessoal, de comunicações, gestão de mudanças etc.), com ênfase na rede de múltiplas interações decorrentes dessas decisões com as origens de infortúnios e ou para melhorias da gestão de segurança. O reconhecimento da contribuição



potencial nas origens de acidentes de aspectos como escolhas gerenciais, organizacionais, tecnológicas e outras presentes na história do sistema foi descrito na literatura (Llory, 1999) como processo de incubação desses eventos e, desde então, está associado a crescimento da defesa de sua abordagem em estratégias de prevenção. Em outras palavras, denuncia-se que sua persistência como aspectos intocados embute a possibilidade de contribuições em acidentes futuros. Ou, como também é comum, crescem críticas aos limites de práticas de segurança focadas em origens proximais ou imediatas desses eventos.

No caso em análise, especial interesse foi posto nas decisões gerenciais para alcançar objetivos e metas de produtividade introduzidas pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Estariam as metas de qualidade e de rebaixamento tarifário, preconizadas pela agência reguladora do setor, paradoxalmente, participando nas origens dos acidentes de trabalho?

A busca por respostas a esta questão permitiu delimitar quatro conjuntos de objetivos para este estudo: (1) Descrever desfechos imediatos e tardios de acidente de trabalho grave no setor elétrico; (2) Descrever aspectos técnicos do acidente propriamente dito e suas origens proximais e; 3) Descrever origens organizacionais e gerenciais incubadas na história do sistema; 4) Descrever em profundidade os determinantes organizacionais que contribuíram na ocorrência do acidente.

1 METODOLOGIA

Para a construção do caminho teórico de análise deste estudo, utilizou-se dos conceitos descritos no Modelo de Análise e Prevenção de Acidentes de Trabalho (MAPA) Almeida et al, (2014). O primeiro, de Vigilância em Saúde do Trabalhador (VISAT) destaca três dimensões do acidente, a saber: (a) os macro determinantes das escolhas políticas e de regulação dos processos de criação de sistemas sócio técnicos e ambientais - SSTA; (b) a exposição aos perigos e riscos introduzidos com esses novos SSTA e seus respectivos sistemas de gestão de segurança e, (c) as suas consequências ou efeitos. O segundo, o do modelo de gravata-borboleta como representação do fenômeno acidente, com o lado esquerdo explorando tanto as origens proximais como as distais (“causas” em profundidade) dos



acidentes e o lado direito, a exploração das consequências proximais e distais do ocorrido (HALE et al, 2007). O terceiro, da análise organizacional do evento de Reason, (1997), Llory (1999) e Llory M, Montmayeul, (2014).

O MAPA consiste em realizar: (i) uma descrição e análise do trabalho habitual ou das práticas estabelecidas, considerando as variabilidades mais frequentes e suas origens. Esta análise se baseia essencialmente na abordagem da Ergonomia da Atividade (GUERIN et al., 2004); (ii) associa ainda a análise de mudanças que busca identificar as variabilidades que tiveram participação no evento e seus antecedentes, abordagem apoiada nos conceitos da árvore de causas (BINDER; MONTEAU; ALMEIDA, 1995); (iii) outro pilar é a análise de barreiras sugerida por Hollnagel, (2004 e 2008) que busca entender, a partir da identificação de nocividade potencial existente, quais eram ou deveriam ser as medidas de controle para eliminar ou impedir sua liberação e danos; (iv) finalmente, sugere que a análise seja sempre complementada com o apoio de conceitos de diferentes áreas do conhecimento já aplicadas em estudos de acidentes e que se mostrem úteis no caso em análise. Esta etapa foi denominada ampliação conceitual da análise. Nela destacam-se teorias que abordam o acidente normal ou sistêmico de Perrow (1999), a análise organizacional anteriormente mencionada e noções como as de armadilhas cognitivas, erros de modo, intrusão do habitual, entre outras. A exploração de origens de comportamentos com esse aporte conceitual está em consonância a ideia de incubação de acidentes, em especial no que se refere a contribuições de aspectos da concepção e inovações de e em sistemas sócio técnicos. Além disso esses aportes ajudam a construir explicações sobre a dimensão humana nesses eventos que rompem com a ideia de que as ações humanas sejam sempre escolhas intencionais, racionais e livres de constrangimentos num mundo de trabalho previamente conhecido e imutável.

Estes aspectos investigados não costumam aparecer nas análises retrospectivas realizadas devido, tanto à condição marginal de poder em que é posta a gestão de segurança, quanto à carência de ferramentas conceituais e técnicas assim como, à falta de condições políticas que permitam sua utilização em análises conduzidas por agentes externos.



Neste estudo esse aspecto foi superado graças ao acesso privilegiado a atores-chaves que detinham vivência prática acumulada no setor, onde permitiram entrevistas individuais com duração de seis horas com quatro eletricitistas/sindicalistas com vivência histórica no processo de privatização de sua empresa/concessionária de energia elétrica e entrevista individual com duração de quatro horas com um pesquisador e economista do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos - DIEESE, com vivência como assessor do movimento sindical e participação em reuniões técnicas com a ANEEL (POUPART, 2012).

Além disso também foram coletadas em quatro horas informações por meio de um grupo focal, com cinco sindicalistas do Estado de Minas Gerais, escolhidos pela participação na atualização da Norma Regulamentadora Nº 10 que trata da segurança em instalações e serviços de eletricidade (BRASIL, 2016). Estas características dos entrevistados contemplam um dos aspectos mais valorizados pela pesquisa qualitativa (HAMMERSLEY, 1992 apud POUPART, et al., 2012, p. 114).

Foi realizada pesquisa documental (Comunicação de Acidente de Trabalho, Procedimentos de Trabalho, Boletim de Ocorrência, Investigação de acidente da equipe de segurança e da CIPA) em Inquérito Civil sobre acidentes do setor elétrico, no Ministério Público do Trabalho de uma região paulista, relatórios técnicos do DIEESE (2010), dados da Fundação COGE, legislação da ANEEL e literatura científica sobre a temática.

O estudo abrangeu também observação direta de atividades de trabalhadores do quadro próprio e terceirizados por um período de 22 horas, na instalação e manutenção da rede de distribuição elétrica, tais como trocas de cruzetas, trocas de para-raios, trocas de linha secundária, entre outras, com registros fotográficos e vídeos dos diálogos informais ocorridos durante as observações de campo. Algumas destas verbalizações estão na produção cinematográfica de dois documentários: *Dublê de eletricitista* (MAIA e MACHADO, 2015; e *Eletricitários* (NOVAES e SILVA, 2016).

As entrevistas individuais e em grupo, como também os diálogos informais, foram gravados, transcritos e posteriormente selecionadas e agrupadas em categorias analíticas, previamente determinadas – privatização, terceirização, manutenção e investimentos em



infraestrutura e gestão da segurança. O anonimato dos entrevistados foi garantido pela identificação pela letra *E* e, para os participantes do Grupo Focal, pelas letras *GF*.

Este artigo é parte dos resultados da dissertação de mestrado de um dos autores, integrante do projeto temático (Processo nº 2012-04721-1), aprovado pelo Comitê de Ética da Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo (CAAE 11886113.5.0000.5421).

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DOS INDICADORES DE DESEMPENHO NO SETOR DE DISTRIBUIÇÃO ELÉTRICA

Na década de 1960, o governo brasileiro assumiu o setor elétrico, que era exíguo e de baixa confiabilidade, ampliando-o e modernizando-o. Na década de 1980, o setor estatal alçou a categoria internacional de um dos mais extensos e avançados sistemas de distribuição de energia elétrica, tornando-se exportador desse aparato para outros países da América Latina. Indicadores DEC (Duração em horas equivalente de interrupção por consumidor do conjunto considerado) e FEC (Frequência equivalente de interrupção por consumidor do conjunto considerado) de confiabilidade alcançaram níveis de interrupções dos mais baixos do mundo (CASTRO e OLIVEIRA, 2001).

No final dos anos 1990, houve nova e significativa mudança organizacional, com a transferência, via processo de leilão, das concessionárias estatais para a iniciativa privada.

A privatização traz em si o ideário da livre concorrência de mercado e do controle exercido pelo Estado de cunho neoliberal, através da ANEEL, por meio de duas modalidades - a regulação de preço da tarifa e a regulação por incentivos a diminuir custos. Para tanto, a agência de regulação estabeleceu sistema de avaliação do desempenho das empresas, oferecendo incentivos para redução de custos e inovações tecnológicas, de forma a aumentar a produtividade (DIEESE, 2014). Com base nos indicadores DEC e FEC, a agência criou o Indicador de Desempenho Global de Continuidade, de modo a comparar anualmente os desempenhos das empresas distribuidoras de eletricidade do país (ANEEL, 2010). Quando o desempenho da concessionária atende o indicador global, ela recebe incentivo financeiro de



1% do faturamento anual, caso contrário, a empresa pode perder, no ano seguinte, 1% de sua receita.

3 GESTÃO PELA TERCEIRIZAÇÃO E LÓGICA FINANCEIRA SUSTENTADA NO CURTÍSSIMO PRAZO

Na perspectiva de redução de custos, a privatização foi fortemente marcada por redução drástica de pessoal, afetando a capacidade técnica das empresas em leilão, conforme relato de representante sindical:

Para tornar as empresas mais atrativas ao mercado, em 1997, o governo FHC lançou programa intensificado de demissão voluntária, com grandes remunerações. Saiu muita gente ao mesmo tempo da empresa, trazendo perdas a sua parte técnica muito rapidamente (...) ao mesmo tempo que começou processo agressivo e crescente de terceirização. Nós éramos algo próximo de 20.000 trabalhadores na nossa base, em 1997. E chegamos a 7.000 trabalhadores em 2013 e 2014 (E1).

Em dados gerais, o DIEESE (2010) mostrou que, em 1994, o setor elétrico brasileiro contava com 183.380 trabalhadores efetivos das empresas concessionárias de gestão pública e, após a privatização em 2005, esse contingente foi reduzido para 94.398. Considerando a taxa de crescimento do setor, o aumento da demanda de trabalho e suas especificidades técnicas, foi possível supor que a diferença tenha sido compensada pela contratação de trabalhadores terceirizados. A inserção dos mesmos foi acompanhada de expressivo aumento da acidentalidade (figura 1).

O caso selecionado para este estudo vitimou trabalhador de empresa contratada e envolve outras circunstâncias relacionadas às mudanças pós privatização.

4 AS MORTES NO TRABALHO E DECISÕES GERENCIAIS

De um modo geral, no período de 2003 a 2013, a taxa de mortalidade no setor elétrico, foi, em média, 4,9 vezes maior que a dos demais setores formais da economia, substancialmente elevada para o segmento dos trabalhadores terceirizados, e com variação



de 4,7 a 18,9 vezes maior que a taxa de mortalidade referente aos trabalhadores efetivos (SILVA et al., 2018).

Estes dados foram evidenciados tanto em estudo do DIEESE (2010) que concluiu que existe maior risco de morte no segmento terceirizado do setor elétrico no Brasil, quanto em estudo comparativo de Gomes da Silva (2013) entre acidentes de trabalho fatais no setor elétrico brasileiro e de outros países, inferindo como causa principal o aumento da contratação de empresas terceirizadas.

Sindicalistas apontam para a terceirização como técnica de gestão para se desvencilhar da responsabilidade e dos custos de contratação direta:

Do final dos anos 1990 para cá, nós estamos numa lógica de uma morte a cada 45 dias. Teve ano que ficou uma morte a cada 30 dias. Não tínhamos esta marca, com certeza foi a partir da terceirização que isso se agravou [...]. Eu me lembro que no começo da terceirização, a empresa concessionária sabia onde estava cada eletricitista terceirizado e seu nome [...]. Hoje se perguntar à empresa ela não sabe quantas empreiteiras estão também fazendo o serviço, ela não se preocupa com o controle [...] (E1)

[...] o trabalho foi muito precarizado [...] e a responsabilização não chegou lá na empresa. Ela quantifica o custo do acidente, tem um cálculo para isso, mas, nem sempre é um custo da empresa, é um custo social, custo financeiro, mas social [...] do poder público [...] uma parte vai para empresa como perda de produtividade [...] pelo afastamento, mas somente quando é do quadro próprio. Quando é o terceiro, o departamento não conta, a responsabilidade é da outra empresa [...]. É uma pena [...]. (E2)

Na visão desses entrevistados, a situação é agravada pela dificuldade de incorporar os trabalhadores terceirizados na organização sindical:

A terceirização afeta muito a organização sindical porque onde a gente vai achar o terceiro, ou ele está na rede ou está na empresa dele [...]. A gente tem muita dificuldade de contato com esse pessoal, [...] eles têm um certo receio de conversar com a gente, mas eles têm muita vontade de ter uma organização, a gente vê isso. Eles solicitam que a gente represente eles e a gente tem que reconhecer a nossa, fragilidade de atender todo esse povo porque a gente já tem dificuldade de atender todas as nossas empresas, [...] tem muito trabalho pra pouca gente [...] então o que normalmente a gente faz é entrar em contato com as pessoas acidentadas. É difícil também



porque a empresa se nega a dar o nome da pessoa, se nega a dizer onde foi o acidente etc. (E4).

A fragmentação da organização sindical e a classificação como construção civil de muitas empresas terceiras contratadas no setor elétrico refletem nas diferenças de contratação de eletricitistas efetivos e terceirizados (Quadro 1).

Quadro 1: Resultados de Acordos Coletivos do Sindicato dos Eletricitários e de Acordos Coletivos do Sindicato da Construção Civil, em 2012.

Categoria: Eletricitários	Categoria: Construção Civil
Piso salarial: R\$ 1.355,94	Piso salarial: R\$ 990,00
PLR [*] : R\$ 4.265,68	PLR: R\$ 844,12, com destinação de 4% ao Sindicato
Avaliação PLR: não há descontos por faltas decorrentes de afastamento por acidentes de trabalho	Avaliação PLR: há descontos por faltas decorrentes de afastamento por acidentes de trabalho
Jornada de trabalho: 40 horas semanais	Jornada de trabalho: 44 horas semanais
Pagamento Adicional de Periculosidade -até 30% do salário	Não há
Auxílio –refeição: R\$ 500,00 + Auxílio – alimentação: R\$ 155,41	Auxílio –refeição: R\$ 312,50 Auxílio- alimentação: Não há
Auxílio medicação para casos de acidentes de trabalho	Não há
Clausulas de proteção para casos de acidentes de trabalho	Não há
Clausulas de proteção para dispensa e de políticas de emprego	Não há
	Banco de horas ^{**}

Fonte: Adaptado de SILVA, 2015, p.94.

* Participação de Lucros e Resultados

** Utilizada como moeda de troca, intensificando a atividade diária pelo aumento da jornada de trabalho. Muitos trabalhadores terceirizados são originários de outras localidades e moram em alojamentos fornecidos pela empresa.



A terceirização, ao estabelecer diferenças de vínculo de emprego e diferentes representações sindicais para a mesma categoria, tem como efeito a desigualdade de direitos para os trabalhadores, no tocante a salário, alimentação e proteção social nos acidentes de trabalho e dispensas coletivas.

Como outra face da mesma moeda, a jornada de trabalho maior, a introdução do sistema de banco de horas e a ausência de cláusulas de proteção para situações de infortúnio são indicativos de maior precarização do trabalho dos a terceirizados.

5 A PERDA DE CONHECIMENTO E A DEGRADAÇÃO DO TREINAMENTO

Outra importante questão destacada foi a desigualdade na formação e treinamento da força de trabalho:

Foi desativado o centro de treinamento que funcionava em prédio próprio e existia desde os anos 60. Era uma referência porque na época vinham trabalhadores de outros países [...] a privatização [...] acabou com essa capacitação” (E4).

Essa formação [...] de um eletricista era de 300 horas, quase 3 meses eles ficavam lá [no centro de treinamento], depois ele tinha que ter um acompanhamento de mais três meses por um profissional habilitado, ele não podia trabalhar sozinho, [...] só depois disto é que ele era considerado com habilidade. Agora, para os companheiros das terceirizadas, quando há treinamento é de 15 dias e esse trabalhador já é colocado na rede para trabalhar no sistema (E3).

A normativa vigente define que serviços em redes energizadas devem ser executados por eletricistas com treinamento específico e devidamente comprovado. No entanto, no trabalho real, os entrevistados apontam que a lógica da redução de custos fez com o tempo de treinamento diminuísse ou fosse negligenciado:

É um serviço muito precário, eles [os terceirizados] não têm esse treinamento que nós temos, eles não têm esse cuidado todo, [...] de constante avaliação técnica, de ter uma pessoa mais experiente para avaliar, eles não têm isso. Lá você vê muitos casos que vieram da construção civil e já estão subindo na rede ligada e correndo risco, sabe? É por isso que tem ocorrido muito acidente por esses lados” (E5).



Na observação direta foi constatado que as equipes de linha viva foram reduzidas de cinco trabalhadores para formação em duplas, suprimindo os que davam suporte e cuidavam da logística do entorno da rua, com suas variabilidades previsíveis e imprevisíveis. Como o trabalho da linha viva é dinâmico e complexo, a decisão de redução do efetivo pode ensejar aumento da carga cognitiva dos eletricitistas que trabalham em altura, com a linha energizada, exigindo-lhes, a um só tempo, atenção concentrada e difusa (as tarefas a serem executadas no poste e o entorno da rua), fragilizando estratégias de regulação habituais no lidar com o trânsito costumeiro de pedestres assim como interferências e questionamentos dos consumidores que se colocam ao pé do poste. Esses achados estão em consonância com a ideia de que com a redução do efetivo, a confiabilidade do sistema também foi reduzida (CASTRO, 2016).

6 AÇÕES IMEDIATISTAS E A DEGRADAÇÃO DA MANUTENÇÃO

Os entrevistados também fizeram outras críticas ao modelo de gestão das empresas privatizadas, que consideram centradas nos interesses rentistas dos acionistas e diminuição dos investimentos, levando a redução das práticas de manutenção preventiva:

[...] a rede nossa já está com tempo de vida útil comprometida e a proteção não está equilibrada, caso haja algum acidente tanto com trabalhador quanto com a população. Essa proteção não está equilibrada por falta de manutenção na rede (E6).

Para que eu vou investir em Segurança? [referindo-se ao pensamento dos gestores]. Eu vou cortar aquilo que não me dá retorno: Para que eu vou usar um alimentador até 90% da sua capacidade? Eu vou é usar até 130%! Então, eu não vou fazer manutenção preventiva! (E6)

Na revisão tarifária, a ANEEL estabelece repasse de recursos para aumento de linhas de distribuição e transmissão relacionadas à ampliação do número de consumidores, como a instalação de um novo ramal de operações consideradas como investimento. As operações de



manutenção, como trocas de cruzetas e postes antigos são consideradas como despesas antigas, tratadas como depreciação do capital, a cargo exclusivo das empresas²⁴:

A questão é o retorno. Se eu gastar mais com operação e manutenção eu vou estar considerando que seja fixa a depreciação. Depreciação é a reposição do meu capital. Eu estou fazendo uma disputa entre custo operacional e lucro, se eu gastar menos do que o regulador me passou na tarifa, o meu lucro vai estar sendo maior do que aquilo que foi dado na regulação. O contrário é verdadeiro, se eu estou gastando mais com operação e manutenção, eu estou comendo uma parte do lucro regulatório que foi dado. Quem faz a gestão do negócio vai estar fazendo todo o esforço para que a parte destinada ao lucro aumente e a manutenção preventiva significa gastar mais [...] (E7).

7 A GESTÃO POR INDICADORES VERSUS A SEGURANÇA DO TRABALHO: OBJETIVOS CONTRADITÓRIOS

As críticas dos entrevistados convergem nas formas de organização do trabalho mediadas por decisões gerenciais que predominaram no setor, e mostram os efeitos indiretos da metodologia de avaliação de eficiência utilizada pela agência governamental. No modelo regulatório da ANEEL a empresa que gastar menos é considerada mais eficiente, impactando positivamente em sua imagem e no desempenho de seus gestores:

[...] por incrível que pareça, esta metodologia que a ANEEL está usando, está forçando a terceirização nas empresas, principalmente nas empresas de distribuição. [...] ela usa a metodologia de comparação entre as empresas privilegiando aquelas que conseguem fazer o serviço a menor custo. Tanto é que a empresa que está no top, na avaliação da ANEEL, é a empresa que tem 95% do seu quadro de terceirizados (E7).

E finalmente, as falas indicaram mais um elemento de estratégia gerencial de intensificação dos ritmos de trabalho, vinculado à terceirização – o pagamento por produção:

O trabalhador recebe por produtividade, eles recebem o salário mínimo e tem que fazer produção por fora, que nem consta em carteira, para conseguir ter um ganho um pouco maior. Então esse trabalhador vai fazer uma produtividade maior de serviço, ele vai queimar etapas de segurança, que ele não conhece tão bem. Ele vai ganhar pelo número de ligações e de desligamentos que faz [...]. Isto não tem cabimento [...] daí vem os acidentes (E3).



A política de avaliação de qualidade e preço da tarifa da agência reguladora está baseada em estimativas do tempo de interrupção do fornecimento de energia e na redução geral de custos, influenciando duplamente na decisão gerencial de ligar ou desligar a rede elétrica durante a execução dos serviços. O desligamento da rede reflete na diminuição do consumo de energia, interrompendo a medição e a cobrança. Os cortes de energia em menor frequência ou com menor tempo de duração, atendem as exigências dos indicadores FEC e DEC, garantindo boa avaliação de desempenho para as empresas e acréscimos de sua receita. O contrário significa perda financeira.

Desta forma, por um lado, são estimuladas autorizações de atividades em proximidade com redes primárias energizadas desprotegidas para evitar o desligamento, e por outro, há aceleração intencional do trabalho visando a redução do tempo de desligamento. Ambas as situações colocam os eletricitistas em maior exposição aos riscos no manuseio de sistemas energizados.

As falas a seguir se referem a esta lógica gerencial que tem levado ao sucateamento das condições materiais de trabalho:

Um eletricitista me relatou que na troca de uma cruzeta podre precisou ficar segurando a cruzeta com as duas mãos com os fios energizados, pois quando tiraram o parafuso, a cruzeta quebrou... Se não segurasse, ele e o parceiro iam levar o choque de 13,4kv [...] A vida útil da cruzeta é de 15 a 17 anos. “Temos aí cruzetas de 25, 30 anos que precisam ser trocadas, e quando for trocar não pode desligar a energia, a não ser que haja um investimento naquele local” (GF3).

[...] Depois do acidente a empresa foi lá e trocou 50 cruzetas que estavam em péssimo estado (GF4).

8 ACIDENTE INCUBADO NA ORGANIZAÇÃO

Estudo de caso de acidente grave do setor elétrico mostra em sua gênese vários fatores organizacionais (SILVA, 2015) e é apresentado de duas formas: a narrativa do “real do



acidente”, construída com base na fala do trabalhador e a narrativa técnica, construída com base no relatório da equipe de vigilância em saúde do trabalhador:

a) O real do acidente:

Era o nosso último atendimento do dia. Eram quase seis horas da tarde, a equipe tinha feito vários serviços e estava [...] exausta. Era um trabalho programado, uma substituição dos cabos elétricos de rede secundária em um condomínio fechado. Tinha um tempo de desligamento que foi falado aos moradores.

A linha primária foi mantida “viva” e passava muito perto das nossas cabeças quando a gente estava trabalhando no poste. A gente não sabia, mas tinha algumas árvores altas no caminho, o que atrasou muito o serviço. Tivemos que usar o [caminhão] munck, que, pela instrução de segurança só deveria ser usado quando a fixação do cabo no poste já tivesse terminado. Como a gente estava atrasado o Encarregado autorizou fazer junto.

O poste balançou, eu ouvi uma explosão e vi uma faísca elétrica. A linha arriou e se partiu. Eu tentei pular da escada, soltei um talabarte do cinto, mas fiquei pendurado pelo outro talabarte, apoiando nos fios de telefone. Eu levei o primeiro choque que entrou na minha perna esquerda e saiu por trás. Meu corpo parecia que ia estourar, parecia que estava enchendo. Tinha um fio de telefone embaixo e eu encostei na parte de trás do cabo, fazendo um aterramento, a energia passava por dentro de mim e ia para o chão.

Eu levei o primeiro choque e gritei – Desliga lá! Mas acho que ninguém me ouviu ou eu falei para mim mesmo, sei lá...

Deu então o segundo choque, eu pensei – pelo amor de Deus, eu quero ver meu filho pelo menos mais uma vez...

Deu o terceiro choque e eu desmaiei.

Na hora que eu acordei escutei o pessoal falando – morreu mais um companheiro nosso. Eu estava pendurado na escada pelo cinto, de capacete, de óculos, de calça antichama, mas quando olhei para baixo vi minha perna derretida. Tirei o equipamento, consegui descer e deitei no chão.

Aí chegou o SAMU e me levou para o hospital. Eu colocava minha mão atrás e sentia que escorria um líquido, uma água, parecia gordura, não sei. A perna tinha derretido, não morri por Deus, por um milagre. Se não fosse o fio do telefone eu tinha estourado, ia ficar levando choque até morrer!

A ANEEL adota um conjunto de indicadores de mensuração da qualidade de serviço e qualidade do produto, para garantir estes indicadores as concessionárias utilizam o religador automático, que tem a função de detectar uma condição anormal de sobrecorrente e interromper a distribuição da corrente elétrica, em seguida religa duas ou três vezes. O



relogador foi desenvolvido para corrigir falhas nas redes que tem origens diversas, incluindo queda e galhos de árvores, pássaros e ventos fortes, que interrompem a distribuição da energia elétrica em uma região. Portanto esta inovação tecnológica busca melhorar o desempenho da empresa diminuindo frequência e duração de interrupções do fornecimento de energia que são medidas pelos indicadores de avaliação da ANEEL. No caso do relato do acidente a série de choques sofrida pelo trabalhador é produto de escolhas organizacionais incubadas, um vez que os riscos de acidentes na rede elétrica aumentaram, porque a introdução desse sistema traz para o cenário da segurança a possibilidade de acidentes em que a vítima, que não participa das decisões de programação e/ou de ativação ou não do artefato, passa a conviver constantemente com problemas relacionados à programação, manutenção e confiabilidade dos dispositivos (SILVA et al., 2018).

Acresce que neste caso, as equipes de segurança da contratante e da contratada firmaram análise preliminar de perigos e riscos que definiu como sem risco de choque a atividade realizada cerca de 1,5 m abaixo de rede de alta tensão energizada. Mais grave só a decisão de deixar em operação relogador que reenergizaria rede em que sabidamente havia terceiros trabalhando.

Embora a análise realizada não tenha encontrado colaboração que ajudasse a esclarecer quem e como tomou essas decisões – considerar sem risco elétrico a intervenção e manter em operação o relogador naquela situação – foi possível reconhecer as duas como tendo papel crítico nas origens do evento e simultaneamente apontar dois núcleos atuação gerencial – na segurança e na programação de atividades – que atuaram resistindo ao completo esclarecimento dos processos de tomada de decisão no sistema. Tratam-se de escolhas ancoradas em práticas tais como historicamente adotadas na empresa e no sistema de regulação do setor elétrico brasileiro. Ou seja, de incubação do acidente em moldes que revelam como no cotidiano a empresa a lógica da produção prevalece sobre a da segurança no trabalho. Com o agravante da atuação subalterna na gestão de segurança de contratante e contratada que chegam ao extremo de participar ativamente em “avaliação preliminar de perigos e riscos”.



Há ainda falha crônica, incubada na gestão de primeiros socorros, em atividade em que o tipo de evento é previsível. A empresa opta por deixar o socorro para o setor público, o que implica tempo de espera muito maior, pois o setor de urgência e emergência tem outras demandas concomitantes, prolongando o tempo de atendimento, devido às distâncias de deslocamento e, muitas vezes, às dificuldades de acesso ao local do acidente. Quanto maior for o intervalo entre a ocorrência e o início dos primeiros cuidados, maior o risco de óbito ou de sequelas irreversíveis.

b) A retrospectiva técnica do acidente:

A equipe era de uma empresa contratada pela concessionária [...] para a manutenção em linhas secundárias e instalação de novas linhas. Apesar do trabalho ser realizado por eletricitas, tratava-se de uma atividade meio, considerada de construção civil, portanto, somente para atuar em sistemas desenergizados.

O serviço foi precedido de desligamento da linha secundária, entretanto, as linhas primárias energizadas estão situadas cerca de um metro acima, muito próximas umas das outras. Foi mantida a energização da linha primária com a finalidade de minimizar interrupções de fornecimento e impactos para os consumidores de um condomínio residencial.

O trabalhador atuava há um ano e meio em empresas terceirizadas do setor elétrico e tinha o curso de eletricista determinado pela legislação. Embora já houvesse realizado a mesma atividade em empregos anteriores, nesta empresa trabalhava há apenas 12 dias e pela primeira vez com a equipe. Foi colocado [...] em serviço sem passar por treinamento.

A cruzeta quebrada apresentava sinais evidentes de desgaste que diminuiriam sua resistência. A existência de materiais em mau estado de conservação decorre de falhas de gestão da manutenção preventiva por parte da concessionária.

A religação automática consecutiva da energia após a queda da fiação, foi um fator agravante das lesões do trabalhador e seu não desligamento pela concessionária desconsiderou aspectos importantes da segurança ocupacional.

A instalação foi atrapalhada pela presença de árvores o que requereu o uso do caminhão munck, alterando o tempo planejado. A comunicação e a visibilidade entre os membros da equipe foram dificultadas pela presença das árvores e pela baixa iluminação na hora do acidente, por volta das 18h.

A empresa contratada realizou a Análise Preliminar de Perigos e Riscos (APPR), mas [...] não identificou previamente as variabilidades da atividade – a presença de árvores entre postes e de cruzetas em mau estado de conservação.



Outra falha na APPR foi não apontar a proximidade da linha primária energizada como perigo ou risco, não indicando que a mesma fosse isolada ou desligada. O não desligamento da energia atendia a interesses imediatos da contratante para agilização das tarefas.

Esses aspectos revelaram falhas na gestão de segurança da contratante e da contratada nas origens deste acidente e lacunas nas normas de segurança do setor.

A estratégia empresarial da concessionária ao usar a mão de obra de empresas terceiras em atividades de alto risco não fornece aos trabalhadores as mesmas condições dos trabalhadores próprios, como instruções, formações, instrumentos de trabalho. Por outro lado, a equipe terceira encontra-se em posição hierarquicamente inferior em relação à contratante, que não permite aos terceiros o poder de decisão de ligar ou desligar a energia da rede primária. A contribuição de relações sociais de poder nas origens de acidentes está em consonância com os achados da literatura (DWYER, 1991; GARRIGOU, 1999; DRUCK; FRANCO; BORGES, 2007; DANIELLOU et al., 2010 apud SILVA, 2015).

O acidente tem origem incubadas nas decisões estratégicas da concessionária, como autorizar intervenções próximas às linhas energizadas ou deixar a sua rede de energia por mais de 25 anos sem manutenção preventiva. Esta situação é agravada por adotar a terceirização que transfere atividades de exposição a riscos elétricos a empresas de construção civil sem requisitos de qualificação ou de experiência prática necessária ao trabalho. O uso repetido dessas práticas pode ter contribuído para a normalização ou banalização do risco que deve ser reconhecido como tal em análises preliminares conduzidas por profissionais especializados das empresas contratantes e contratadas.

A presença de árvores entre postes em que se dava a intervenção de equipe e que interferem tanto na visibilidade de membros do time entre si, como aumentando o grau de dificuldade na realização da tarefa de esticar a fiação por cima dessas árvores. Embora a presença das árvores pudesse ter sido registrada e considerada em análise preliminar de riscos, isso não aconteceu. Na prática, nem os tomadores de decisão que distribuíram a tarefa, nem a equipe que chegou a campo para intervir, consideraram que a situação encontrada na cena de trabalho mostrar-se-ia diferente do prescrito e que esta variabilidade não prevista



pudesse afetar a segurança e merecesse mudanças, seja em cuidados adicionais de segurança, seja em habilidades e competências exigidas para a equipe de trabalho, seja em recursos disponibilizados (SILVA, 2015).

Outra falha incubada no sistema, de modo aparentemente paradoxal, é que as estruturas, ditas de gestão de segurança, de empresas concessionárias e terceiras adotam procedimentos formais de análise preliminar de perigos e riscos (APPR) que deixam de apontar, como perigos e riscos, problemas facilmente reconhecidos como a intervenção nas proximidades de linha primária energizada ou em área em que o dispositivo de religação está atuante. O agravante é que insistem na prática, mesmo depois de múltiplos acidentes agravados por tais situações. Desenvolvida nesse formato, a gestão se revela não só incapaz de defender o mero cumprimento de normas em atividade sabidamente de alto risco, ou seja, que claramente poderia se beneficiar da adoção das barreiras preconizadas na lei. Ela se situa à margem da evolução dos conhecimentos que destaca os limites da segurança prescrita e a necessidade de incorporação, em políticas e práticas de prevenção, da chamada segurança viva, por sua estreita relação com o reconhecimento da existência de variabilidades do trabalho e de suas implicações (SILVA, 2015).

9 DIMENSÃO ORGANIZACIONAL

As entrevistas reforçaram os achados deste estudo que ressaltaram o fato de que, no setor elétrico, a economia está comandada pela lógica financeira sustentada no curtíssimo prazo. Para Druck (2011) as empresas buscam garantir seus altos lucros, exigindo e transferindo aos trabalhadores a pressão pela maximização do tempo, pelas altas taxas de produtividade, pela redução dos custos com o trabalho e pela “volatilidade” nas formas de inserção e de contratos. Lima (2011 p. 163) aponta que a ascensão do capital financeiro na economia mundial tem sido acompanhada de formas agressivas e brutais de aumento da produtividade do trabalho por meio de modalidades de subcontratação e terceirização das atividades, com os objetivos de minimizar custos e amortecer os impactos de imprevistos da conjuntura econômica.



Este caso destaca os efeitos desta precarização, em especial da degradação de condições de trabalho no setor elétrico brasileiro, cujas origens remontam há mais de vinte anos e parecem resultar em envelhecimento e sucateamento do sistema e indícios de intensificação de ritmos de trabalho nas origens desses eventos.

A terceirização é apontada como um dos fios condutores da precarização do trabalho no setor elétrico. Essa prática gerencial é, ao mesmo tempo, forma de contrato flexível e com menor proteção trabalhista e sinônimo de risco à saúde e à vida. Ela embutiria “manto de invisibilidade” posicionado sobre as condições sociais da classe trabalhadora agindo como facilitadora do descumprimento da legislação trabalhista (KREIN, 2009).

O enfraquecimento de coletivos de trabalhadores, com a consequente diluição e desvalorização das experiências e saber prático, surgem das narrativas dos diretores sindicais, bem como emergem dos casos analisados. O modelo de gestão pela terceirização está fragmentando a categoria sindical e, com isto, fragilizando as ações das entidades coletivas. A terceirização é instrumento de incremento da pulverização estrutural da organização sindical brasileira, incentivando a concorrência entre trabalhadores, entre eles e sindicatos e entre sindicatos, intensificando a alienação e a desvalorização humana do trabalhador (FRANCO, et al, 2010; ANTUNES & DRUCK, 2013, p. 224).

Este estudo em consonância com o estudo do Dieese (2010) aporta evidências em favor do reconhecimento de que as formas atuais de incentivo à terceirização no setor elétrico brasileiro estão nas origens da piora de seus indicadores de saúde e segurança, em particular via introdução de iniciativas que fragilizam o alcance de medidas de prevenção contra os riscos da eletricidade consagrados na legislação do país, com destaque para o incentivo a permissões de trabalho nas proximidades de “linhas vivas”, mas também pela abertura do trabalho a empresa do ramo da “construção civil” que, neste caso, se mostra incapaz de aplicar adequadamente as medidas de segurança preconizadas para o setor elétrico. Os possíveis limites a serem apontados neste estudo estão em não se ter demonstrado as entranhas dos processos de tomados de decisão, que a análise mostrou como associado à origem do acidente. Em outras palavras, quem, em que circunstâncias, com que objetivos, por quais razões decidiu-se interromper ou precarizar práticas de manutenção? Como a empresa



autoriza intervenções abaixo de redes primárias energizadas e desprotegidas, desconsiderando a existência de risco grave e iminente de morte por choque elétrico?

O mesmo limite surge em relação ao esclarecimento das origens de processo de terceirização que repassa atividades historicamente realizadas no setor elétrico a empresas de construção civil. Quem e como escolheu regulação que permite a transferência desse tipo de atividades para empresas de construção civil. Como o papel das competências requeridas por trabalhadores experientes do setor elétrico nessas tarefas foi ou deixou de ser considerado na nova regulação? Como os gestores da contratante valorizaram essa questão no desenho dos contratos de terceiras após aprovação das novas regras?

Esclarecer os meandros desses processos exigiria acesso aos participantes dos níveis hierárquicos de gestão de diferentes áreas estratégicas da empresa e sua disposição para colaborar com informações que “a priori” são vistas como possíveis ameaças jurídicas às empresas. O impasse se dá em torno da disputa por acesso a informações em questões que as empresas tradicionalmente nunca aceitaram que se dessem como produtos de negociações democráticas. Pelo contrário, sempre consideraram de sua competência decidir como gerenciar, não aceitando como interlocutores válidos representantes de serviço de saúde que historicamente não intervinham nessas questões. Ao apontar tais limites, este estudo passa a apresentar como um de seus pontos fortes aquilo que inicialmente poderia aparecer como fraqueza. Se quisermos avançar na institucionalização de práticas de análise e prevenção de acidentes é preciso empoderar os atores que nela atuam, de modo a ampliar seu acesso às informações sobre decisões estratégicas da gestão da empresa, as quais se mostram associadas às origens de acidentes.

10 REPERCUSSÕES ADVERSAS PARA O TRABALHADOR ACIDENTADO

Na ocasião da pesquisa, o trabalhador amputado por choque elétrico estava em adaptação de prótese mecânica, comprada pela empresa, em município distante 150 km de sua moradia. O processo de confecção e adaptação de marcha requeria várias idas e vindas à ortopedia do município da compra, impondo dificuldades físicas de locomoção, bem como,



em despesas de transporte e pedágios. A ajuda da empresa foi insuficiente para cobrir a totalidade destes gastos, bem como da regularização da Carteira Nacional de Habilitação - CNH para o uso da prótese. Os relatos do trabalhador revelaram descaso, por parte da empresa, em relação às suas dificuldades.

O trabalhador expressou ainda outras perdas, destacando sentimentos de sofrimento pela incapacidade de realizar suas atividades de “*skatista*”, esporte que praticava desde menino, tinha patrocínio e já havia participado, com destaque, de vários campeonatos. O lazer também foi comprometido pois não se sentia mais capaz de jogar futebol com os amigos e passear de motocicleta.

No setor de distribuição de energia elétrica, o trabalho tem reconhecida periculosidade porque seus trabalhadores lidam com a passagem de correntes elétricas de altas voltagens. Nas linhas de distribuição aos consumidores, as linhas secundárias, em baixa tensão, podem variar de 110, 127, 220, 380 e 440 volts, e, as linhas primárias, em alta tensão, têm variação de 11.000 a 13.800 volts.

Segundo Amalberti (2016), em grandes sistemas sócio técnicos, como os energéticos, o desafio à gestão de segurança e de confiabilidade é maior porque a exposição ao perigo é assumida como socialmente aceitável. Assim, o objeto da segurança consiste em encontrar soluções para evitar, não o risco, e sim os acidentes.

Trabalhar sem acidentes e sem falhas exige, além da técnica, a gestão de outras dimensões associadas ao risco, como por exemplo, de aspectos econômicos, políticos ou sociais. Em outras palavras, a segurança no trabalho real envolve a construção de compromisso baseado na negociação de interesses em suas várias dimensões. O trabalhador precisa trabalhar com segurança, respeitando prazos e entregando serviço bem feito independentemente de constrangimentos temporais, atrasos, adequação ou inadequação de meios disponibilizados, da capacitação da força de trabalho designada (AMALBERTI, 2016).

No caso estudado, o compromisso assumido embutia fragilidades de origem como o fato da análise preliminar de perigos e riscos não considerar como exposição a risco elétrico a intervenção em rede secundária desenergizada, situada apenas a um metro de distância de rede primária energizada.



Do mesmo modo, existiu uma contribuição do religador automático na linha de transmissão. No acidente em questão, o sistema continuou ligado, provavelmente porque seu desligamento foi programado para nível de sobrecarga elétrica superior à ocorrida. Ao ser religado três vezes, causou novos e sucessivos choques elétricos ao trabalhador, agravando as lesões, resultando em amputação da perna esquerda do trabalhador. A lógica da inovação, voltada para a produtividade e garantia de abastecimento, embutia riscos não previstos (SILVA et al., 2018).

Nas origens das decisões é possível encontrar aspectos do contexto macropolítico que Amalberti (2016) relacionou como associados a acidentes, pois, o gestor se vê colocado em meio a disputa de interesses da segurança dos trabalhadores e os de produtividade e qualidade a custo baixo, esperados pelo modelo de avaliação de desempenho adotado pela ANEEL.

CONCLUSÃO

Este estudo de caso é emblemático da necessidade de abordagens que considerem a integralidade dos efeitos adversos dos acidentes de trabalho. A análise conduzida adota modelo de gravata-borboleta como forma de pensar o acidente (HALE et al, 2007), destacando a necessidade de explorar o chamado lado direito da gravata, ou seja, para além do desfecho imediato, como o choque e as queimaduras em membro inferior, enfatizando as consequências tardias na vida do trabalhador – físicas e psíquicas – com impactos nas suas relações pessoais, no seu papel social na família, acesso a direitos sociais e assistência, etc.

A ANEEL contribui de modo determinante na esfera macropolítica uma vez que modela e induz processos de tomada de decisões de concessionárias de energia elétrica. Com a privatização das empresas estatais de distribuição de energia elétrica constituiu-se mercado de compra e venda de energia cujo funcionamento procura estimular práticas de livre concorrência.

O papel da ANEEL é o de regulamentar as bases para a livre concorrência econômica e racionalização dessa atividade (ROSA, 2008). Para tanto, instituiu indicadores de qualidade do



fornecimento de energia elétrica FEC e DEC, agora associados a um modelo de avaliação de desempenho para repasse de reajustes tarifários, com a finalidade de reduzir custos operacionais e aumentar a eficiência e qualidade do serviço.

Por meio do Indicador de Desempenho Global de Continuidade, a ANEEL premia empresas que apresentem menores custos e que diminuem o tempo de corte de energia aos consumidores. Para diminuir os custos, as empresas são estimuladas, por um lado, a diminuir o tempo de interrupção do fornecimento e, por outro, a reduzir gastos com pessoal e diminuir os investimentos em manutenção.

Apesar dos possíveis limites apontados neste estudo, as decisões gerenciais advindas deste modelo concorrencial – aumento da terceirização para redução de gastos, intensificação do trabalho para diminuição do tempo de interrupção de energia, bem como, redução dos investimentos em manutenção, sucateamento da rede elétrica e precarização generalizada do trabalho – trazem o aumento da exposição ao risco de choque elétrico. As origens do acidente se associam a decisões adotadas pela gestão pela obtenção de melhores resultados nos indicadores de custo e qualidade da ANEEL. A desumanidade desse modelo pode ser ainda maior se os acidentes forem considerados como mera externalidade do caminho escolhido para gestão da privatização no setor elétrico brasileiro.

A gravidade das lesões e as incapacidades decorrentes dos acidentes por choques elétricos, estabelecem *custos intangíveis* aos trabalhadores acidentados, tais como dificuldades de reintegração familiar, no meio social onde vivem e nas relações de trabalho com as empresas. De complexa medição de seus impactos a vida humana, são considerados intangíveis porque não podem ser quantificados em moeda corrente, mas podem ser percebidos em seu conteúdo destrutivo quando retratado em casos reais (TAKAHASHI E CERVENY, 2016).

Acredita-se que o verso e o averso (MENDES, 2003) do acidente, mutilador da “luta pela vida” de um jovem trabalhador, dá visibilidade e concretude às consequências reais de um ideário economicista financeiro hegemônico, que tem sido acompanhado de formas agressivas de aumento da produtividade, às custas de morte e adoecimento dos trabalhadores.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMALBERTI, R. **Gestão da segurança: teorias e práticas sobre as decisões e soluções de compromisso necessárias**. Botucatu: FMB -UNESP; 2016.

ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica. **Nota Técnica nº 265/2010-SRE. Metodologia de cálculo de custos operacionais**. Brasília: ANEEL; 2010.

ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica. **Nota Técnica nº 60/2018-SGT. Quarta revisão tarifária periódica**. Brasília: ANEEL; 2018.

ANTUNES, R. A corrosão do trabalho e a precarização estrutural. **Revista Margem Esquerda**. v. 18, p. 42-47, 2012.

ANTUNES, R.; DRUCK, G. A terceirização como regra? *In*: **Rev. TST**, v. 79, n. 4, 2013.

BALL, S.J. Performatividade, privatização e o pós-Estado do Bem-Estar. **Educ. soc.** v. 25, n. 89, p. 1105-1126, 2004.

BINDER, M. C. P.; MONTEAU, M.; ALMEIDA, I. M., **Árvore de Causas. Método de Investigação de Acidentes do Trabalho**. São Paulo: Publisher Brasil Editora, 1995.

BRASIL. Ministério de Trabalho e Previdência Social. Portaria nº 508, de 29 de abril de 2016. Altera a Norma Regulamentadora NR - 10 - Segurança em instalações e serviços em eletricidade. Brasília, **Diário Oficial da União**, 2 mai. 2016.

CASTRO V.C., OLIVEIRA M.A. **Corta circuito religador temporizador**. 2001. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/biblioteca/Citenel2001/trabalhos/34.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2019.

CASTRO, M.G.L. **Quando as luzes se apagam... a gestão coletiva dos riscos na manutenção em rede energizada**. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

DiEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Terceirização e morte no trabalho: um olhar sobre o setor elétrico brasileiro**. Estudos e pesquisas. São Paulo: DiEESE; 2010.



DiEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Nota técnica nº 134. As tarifas de energia elétrica no Brasil: inventário do 3º ciclo de revisão tarifária e os efeitos sobre o setor.** São Paulo: DiEESE; 2014.

DiEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Nota técnica nº 172. Terceirização e precarização das condições de trabalho. Condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes.** São Paulo: DiEESE; 2017.

DRUCK, M.; FRANCO, T.; BORGES, A. **A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização.** Campinas: Boitempo Editorial; 2007.

DRUCK, G. Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios? **Caderno CRH**, v. 24, n. spe 1, p. 37-57, 2011.

DRUCK, G. A terceirização na saúde pública: formas diversas de precarização do trabalho. *In: Trab. educ. saúde (online)*. v.14, n.1. p.15-43, 2016.

FRANCO, T.; DRUCK, G.; SELIGMANN-SILVA, E. New labor relations, worker's mental exhaustion, and mental disorders in precarious work. **Rev. Bras. Saúde Ocup.**, v. 35, n. 122, p. 229-248, 2010.

GUÉRIN F, LAVILLE A, DANIELLOU F, DURAFFOURG J, KERGUELEN A. **Comprender o trabalho para transformá-lo: a prática da Ergonomia.** São Paulo: Edgard Blücher Ltda.; 2004.

KREIN, J.D. Tendências recentes nas relações de trabalho no Brasil. *In: BALTAR, P.E.A.; KREIN, J.D.; SALAS, C. Organizadores. Economia e trabalho: Brasil e México.* 7. 1 ed. São Paulo: CESIT, UNICAMP, IE-Instituto de Economia; 2009. p. 199-226.

HALE, A.R. et al. Modeling accidents for prioritizing prevention. **Reliab. Eng. Syst. Safety**. v. 92, n. 12, p. 701-1715, 2007.

HOLLNAGEL, E. **Barriers and accident prevention.** Aldershor: Ashgate, 2004.

HOLLNAGEL, E. Risk + barriers = safety? **Safety Sci**, n. 46, p. 221-229, 2008.

LE COZE, J-C. 1984–2014. Normal Accidents. Was Charles Perrow right for the wrong reasons? **JCCM**. v. 23, n. 4, p. 275-286, 2015.

LIMA, M. E. A. Trabalho e saúde mental no contexto contemporâneo de trabalho: possibilidades e limites de ação. *In: ALVES, G.; VIZZACARO-AMARAL, A. L.; M. D. P. (Org.)*



Trabalho e Saúde: A precarização do trabalho e da saúde do trabalhador no século XXI. São Paulo: LTr, 2011 p.161-172.

LLORY, M. **Acidentes industriais: o custo do silêncio.** Rio de Janeiro: Multimais;1999

LLORY, M.; MONTMAYEUL, R. **O acidente e a organização.** Belo Horizonte: Fabrefactum, 2014.

MAIA, B.; MACHADO, C. **Dublê de eletricista. Um documentário sobre a terceirização no setor elétrico brasileiro** [documentário]. Brasil: Sindieletro MG; 2015. 20 min.

MANDARINI, M.B.; ALVES, A.M.; STICCA, M.G. Terceirização e impactos para a saúde e trabalho: uma revisão sistemática da literatura. **rPOT.** v. 16, n. 2, p. 143-152, 2016.

MENDES, J.M.R. **O verso e o averso de uma história: o acidente e a morte no trabalho.** Porto Alegre: EDIPUCRS; 2003.

MILCH, V.; LAUMANN, K. Interorganizational complexity and organizational accident risk: a literature review. **Safety sci.** v. 82, p. 9-17, 2016.

NOVAES, J.R.; SILVA, A.J.N. **Eletricitários** [documentário]. Brasil: Prodprevenir; 2016. 21 min.

PAIM, J. A reforma sanitária e os modelos assistenciais. *In*: ROUQUAYROL, M.; ALMEIDA-FILHO, N. Organizadores. **Epidemiologia e Serviços de Saúde.** Rio de Janeiro: Medsi; 1999. p. 473-487.

PERROW, C. **Normal accident. Living with high risk technologies.** Princenton: Princenton University Press, 1999

POUPART, J. et al. **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos.** 3 ed. Petrópolis: Vozes; 2012.

REASON, J. **Managing the risks of organizational accidents.** Aldershot: Ashgate, 1997.

ROSA, Á.D. **Agências reguladoras e estado no Brasil: reformas e reestruturação neoliberal nos anos 90.** 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista, Marília, 2008.

GOMES DA SILVA, L.G.G. Os acidentes fatais entre os trabalhadores contratados e subcontratados do setor elétrico brasileiro. **Estudos de trabalho.** v. 6, n.12, 2013.



SILVA, A.J.N. **Análise organizacional de acidentes de trabalho no setor de distribuição de energia elétrica**. 2015. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) - Faculdade de Medicina, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Botucatu, 2015.

SILVA, A.J.N. et al. Acidentes de trabalho e os religadores automáticos no setor elétrico: para além das causas imediatas. **Cad. Saúde Pública**. v. 34, n. 5, 2018:e00007517.

TAKAHASHI, M.A.B.C.; CERVENY, G.C. Impacto Social dos acidentes de trabalho no município de Piracicaba: intervenção e busca compartilhada pela integralidade em saúde. In: ASENSI F, PINHEIRO R, MUTIZ PA, organizadores. **Bioética, Trabalho e Educação em Saúde**. Rio de Janeiro: Multifoco; 2016. p. 67-77.

WEIDENBAUM, M. Outsourcing: Pros and cons. **Business Horizons**. v. 48, n.4 p. p. 311-315, 2005.





Received: 31.10.2019
 Accepted: 10.12.2019

<https://doi.org/10.33239/rtdh.v2i2.53>

1 Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC/Campinas (2012) e pela Universidade de São Paulo - USP/Largo São Francisco (2019). Mestrando em Economia Social e do Trabalho na UNICAMP.

<https://orcid.org/0000-0002-7954-3694>

2 Socióloga, Doutora em Ciências Sociais (2011), Pesquisadora do Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho (CESIT – UNICAMP), onde realiza seu segundo pós-doutorado em Economia.

<https://orcid.org/0000-0002-2332-8493>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Uberização: o empreendedorismo como novo nome para a exploração

Uberization: entrepreneurship as a new name for exploration

Uberización: emprendimiento como nuevo nombre para la exploración

André Monici Sabino¹
Ludmila Costhek Abílio²

RESUMO

O desenvolvimento tecnológico estabelecido, dentre outros, pela robótica, nanotecnologia e tecnologia da informação, tem promovido transformações significativas no mundo do trabalho. Novas formas de controle, organização e gestão hoje se tornam mais reconhecíveis através do trabalho mediado pelas plataformas digitais. Valendo-se de sofisticados sistemas de gerência operados por algoritmos, as empresas-aplicativo apostam no discurso do empreendedorismo para dispensar aos seus “parceiros” o tratamento jurídico de trabalhadores autônomos ou independentes. Neste sentido, por meio de análises semânticas, fáticas, econômicas, sociais e jurídicas, o estudo busca demonstrar que, nestes casos, o empreendedorismo não passa de mera retórica para justificar e legitimar a exploração dos trabalhadores. Por fim, discutem-se desafios, riscos e oportunidades desta forma de organização do trabalho em franca expansão, enfocando-se na relação entre tecnologia e o papel de instituições públicas e privadas.

PALAVRAS-CHAVE: “gig economy”; “uberização”; plataformas digitais; exploração do trabalho; empreendedorismo.

ABSTRACT

Technological development established, among others, by robotics, nanotechnology and information technology, has promoted significant transformations in the world of work. New forms of control, organisation and management now become more recognisable by the work mediated by digital platforms. Using sophisticated algorithm-driven management systems, companies rely on entrepreneurship discourse to legally recognise their ‘partners’ as autonomous workers. Therefore, through semantic, factual, economic, social and legal analysis, the study aims to demonstrate that, in these cases, entrepreneurship functions as a means to justify and legitimate labour exploitation. Finally, we identify risks, challenges and opportunities associated with this type of labour control and management, as analysing the role that public and private institutions plays in its dissemination.

KEYWORDS: gig economy; “uberization”; digital platforms; labour exploitation; entrepreneurship.

RESUMEN

El desarrollo tecnológico establecido, entre otros, por la robótica, la nanotecnología y la tecnología de la información, ha promovido transformaciones significativas en el mundo del trabajo. Las nuevas formas de control, organización y gestión hoy en día se vuelven más reconocibles a través del trabajo mediado por plataformas digitales. Mediante el uso de sofisticados sistemas de gestión basados en algoritmos, las empresas de aplicaciones confían en el discurso empresarial para dar a sus “socios” el tratamiento legal de los trabajadores independientes o por cuenta propia. En este sentido, a través de análisis semánticos, fácticos, económicos, sociales y legales, el estudio busca demostrar que, en estos casos, el emprendimiento es meramente retórico para justificar y legitimar la explotación de los trabajadores. Finalmente, se discuten los desafíos, riesgos y oportunidades de esta forma de organización de trabajo en rápida expansión, centrándose en la relación entre la tecnología y el papel de las instituciones públicas y privadas.

PALABRAS CLAVE: economía del concierto; “Uberización”; plataformas digitales; explotación laboral; emprendimiento

INTRODUÇÃO

O artigo analisa o trabalho mediado por plataformas digitais, apresentando de saída a perspectiva de que as empresas-aplicativo (ABÍLIO, 2017) se utilizam da lógica do “empreendedorismo” para dispensar o tratamento jurídico de trabalhadores autônomos ou “parceiros” àqueles que lhe prestam serviços. Baseadas em um sistema de “decida a hora, e o quanto vai trabalhar e receber”, as relações de subordinação precisam ser investigadas, categorizadas e regulamentadas.

Linguisticamente, “empreendedorismo” tem por definição “caráter, faculdade ou realização de empreendedor ou empreendedora”. “Empreendedora”, por sua vez, é conceituado como “aquele que é capaz de desenvolver e levar a cabo novos empreendimentos, novas empresas” (FERREIRA, 2010). Sob o aspecto jurídico, Maria Helena Diniz estabelece que “empreendedor” é um termo do Direito Empresarial utilizado para definir “aquele que toma a seu cargo uma empresa” (DINIZ, 2005).

Verifica-se, do argumento à prática, que a atual revolução tecnológica, sobretudo no que concerne às plataformas digitais, dá materialidade à novidade de um gerenciamento do trabalho mediado por algoritmos por um lado, e, por outro, pelas transformações que promovem no estatuto do trabalhador e na definição das relações de trabalho.

Desta feita, em uma sociedade estruturalmente marcada pelo desemprego, informalidade e reiterado descumprimento de direitos trabalhistas, a análise do mercado de trabalho brasileiro torna-se fundamental para que se possa identificar com maior clareza o perfil das empresas-aplicativos e quais são seus principais argumentos para sustentar o tratamento jurídico que dispensam aos seus prestadores de serviços.

Não obstante, a associação dos dados que compõem a conjuntura econômica relacionados ao trabalho (taxa de desocupação e de subocupação, pessoas com carteira registrada e pessoas sem carteira registrada) divulgados pelo IBGE (PNAD-



Contínua) à análise de reportagens e pesquisas específicas conduzidas por associações civis também demonstra-se essencial para identificar o perfil do trabalhador que presta serviços a tais empresas.

Desta feita, aprofundando-se nas formas de gerenciamento do trabalho das empresas-aplicativos se buscará demonstrar que estes sofisticados sistemas de controle de qualidade, distribuição e precificação dos serviços são, em verdade, novas formas de subordinação da atual revolução tecnológica; de maneira que a roupagem de “empreendedorismo” que lhe é atribuída significa apenas um novo nome para a exploração da mão de obra. A reflexão é embasada pela utilização de dados secundários, especialmente os produzidos em pesquisa quantitativa com 270 *bike boys* na cidade de São Paulo (ALIANÇA BIKE, 2019).

Em última análise, propõe-se avançar na temática e apontar as atuais e futuras ameaças ao trabalho, bem como os desafios e oportunidades colocados à superação da exploração do labor humano. Neste sentido, pontua-se o papel do movimento sindical e da negociação coletiva, bem como a importância do fortalecimento do diálogo social entre Estado, empregadores e trabalhadores para efetiva consagração dos direitos trabalhistas fundamentais

1. O ATUAL MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO

O mercado de trabalho brasileiro é histórica e estruturalmente marcado pela alta rotatividade no emprego, dispersão salarial e notável descumprimento aos direitos trabalhistas mínimos (KREIN *et al*, 2018). Dentre as causas dessas características, pode-se apontar: a) a persistente herança da escravidão, que segue manifesta no rebaixamento do valor da mão de obra e em uma profunda desigualdade racial que ainda hoje estrutura o mercado de trabalho brasileiro; b) o êxodo rural promovido em decorrência da persistente estrutura latifundiária e a industrialização urbana vivenciada entre as décadas de 1950 a 1980; c) a frágil fiscalização das relações de trabalho; d) a flexibilização das normas trabalhistas, potencializadas pelas políticas



neoliberais formalmente recomendadas pelo Consenso de Washington, em 1989, e instituídas paulatinamente a partir da década de 1990; e) a posição historicamente inalterada que o país ocupa na divisão internacional do trabalho.

Esses elementos devem ainda ser pensados em sua relação com a retração da indústria e a intensificação da mecanização do campo. De acordo com notícia divulgada no início do mês (BARCELLOS, 2019), a atividade nas fábricas brasileiras caiu 15% desde 2014, sendo que o país pode deixar o ranking dos dez maiores países industriais do mundo. Conforme dados fornecidos pela Organização Internacional do Trabalho (ILOSTAT, 2019), é possível verificar o recuo do emprego na indústria e na agricultura, e um exponencial crescimento no setor de serviços na última década no Brasil:

ANO	PORCENTAGEM DE TRABALHADORES NA INDÚSTRIA	PORCENTAGEM DE TRABALHADORES NA AGRICULTURA	PORCENTAGEM DE TRABALHADORES NO SETOR DE SERVIÇOS
2011	21,8%	15,4%	62,7%
2012	23,0%	11,5%	65,5%
2013	22,9%	11,2%	65,9%
2014	22,9%	10,3%	66,7%
2015	22,2%	10,2%	67,2%
2016	20,9%	10,1%	68,9%
2017	20,5%	9,5%	70,0%
2018	20,1%	9,3%	70,5%

Não obstante, confrontando as informações expostas acima com aquelas reiteradamente divulgadas pelo IBGE por meio da PNAD-Contínua, é possível fazer uma análise mais profunda sobre o atual cenário brasileiro, sobretudo se analisarmos o número de trabalhadores com e sem carteira assinada, de trabalhadores por conta própria, taxa de desalentados e desocupados, assim como a própria taxa de subutilização da mão de obra.



Em primeiro lugar, apontam-se os seguintes números:

ANO ¹	TAXA DE DESOCUPAÇÃO	PERCENTUAL DE PESSOAS DESALENTADAS	TAXA COMPOSTA DE SUBUTILIZAÇÃO DA FORÇA DE TRABALHO
2012	6,9%	2,0%	16,7%
2013	6,2%	1,7%	14,9%
2014	6,5%	1,6%	14,9%
2015	8,9%	2,6%	17,3%
2016	12,0%	3,6%	22,2%
2017	11,8%	4,0%	23,5%
2018	11,6%	4,3%	23,8%
2019	12,0%	4,4%	24,8%

Fonte: tabulação própria dos dados obtidos em (IBGE, 2019)

Em seguida, mas não menos importante, apresentam-se os números referentes aos trabalhos com e sem carteira assinada, e dos trabalhadores por conta própria², também divulgados pelo IBGE através da PNAD-Contínua:

ANO	Nº DE PESSOAS COM CARTEIRA ASSINADA (mil pessoas)	Nº DE PESSOAS SEM CARTEIRA ASSINADA (mil pessoas)	Nº DE TRABALHADORES POR CONTA PRÓPRIA
2012	34.752	10.907	20.508
2013	35.889	10.657	21.167
2014	36.350	10.420	21.637
2015	35.268	9.975	22.790
2016	33.894	10.457	22.021
2017	33.237	11.056	23.110
2018	32.942	11.488	23.775

¹ Tendo em vista algumas mudanças na forma de pesquisa do IBGE realizadas em 2012, serão considerados apenas os números a partir deste ano. Vale esclarecer, ainda, que os dados entre 2012 a 2018 são referentes ao 4º trimestre, e os de 2019 referentes ao 2º trimestre – até então os mais recentes no momento da pesquisa.

² Nesse caso, a pesquisa não contabiliza o número de trabalhadores domésticos nem os trabalhadores do setor público.



2019	33.213	11.500	24.141
------	--------	--------	--------

Fonte: tabulação própria dos dados obtidos em (IBGE, 2019)

Nota-se que, em 2017, pela primeira vez na história o número de pessoas que trabalham sem carteira assinada e por conta própria superou o contingente das que trabalham com carteira assinada. Observa-se, ainda, que tal marca foi atingida no mesmo ano em que se aprovou a reforma trabalhista (Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017), que introduziu mudanças profundas na organização do trabalho, dentre as quais a chancela para facilitação de contratação de autônomos (art. 442-B, CLT).

Outrossim, é público e notório o gradual enfraquecimento perpetrado às instituições públicas que lidam com a fiscalização, manutenção e ordenação das relações de trabalho. Neste sentido, pode-se apontar: a) a incorporação do Ministério do Trabalho e Emprego ao Ministério da Economia, o qual já tratou de promover, por meio da Portaria nº 972/2019, a revogação de portarias de criação de colegiados e de aprovação dos respectivos regimentos no âmbito do extinto Ministério do Trabalho; b) os cortes orçamentários sofridos pela Justiça do Trabalho na LOA de 2016 (Lei nº 13.244/2016) e chancelados pela EC nº 95/2016; c) a criação do GAET (Grupo de Altos Estudos do Trabalho) pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, para compilar um conjunto de propostas tendentes a aprofundar a reforma trabalhista, e, alegadamente, evitar a judicialização e dar maior segurança jurídica (ESTADÃO CONTEÚDO, 2019); d) e, mais recentemente, a proposta de emenda constitucional para extinção da Justiça do Trabalho, com incorporação dos seus quadros à Justiça Federal (MARTINES, 2019).

Sem entrar em maiores detalhamentos sobre os fatos transcritos acima, ou sobre a qualidade dos empregos gerados no período posterior à reforma trabalhista, tudo nos leva a crer que a estratégia empresarial nos últimos anos tem se aproveitado do cenário político e econômico para fomentar contratações informais, por vezes ilícitas e fraudulentas. Ainda, o que parece estar em jogo é um forte movimento por parte do próprio Estado de legalização de mecanismos de informalização do trabalho e



eliminação de medidas regulatórias e protetivas do trabalho. Ou seja, assistimos a um ataque às instituições públicas do trabalho, dentro de um contexto de um mercado de trabalho que já é estrutural e historicamente assentado em uma profunda desigualdade social, permeado pela precariedade e injustiças sociais.

Neste contexto de crise econômica, aprofundamento das desigualdades, aumento do desemprego e da informalidade, vemos uma nova forma de organização, gerenciamento e controle do trabalho se tornar um fenômeno social de gigantescas proporções. Desta maneira, o labor por plataformas digitais tem ocupado cada vez mais espaço no debate acadêmico, jurídico e econômico sobre o trabalho; e assume especificidades na realidade brasileira que merecem ser analisadas com a profundidade necessária.

2. O PERFIL DA EMPRESA E DO TRABALHADOR EM PLATAFORMAS DIGITAIS

Fundadas entre 2009 e 2015, “Uber”, “UberEats”, “99”, “iFood”, “Rappi” e “Loggi” (algumas das principais empresas que disponibilizam serviços de entrega de mercadorias e de transporte por meio de plataformas digitais) vêm ganhando cada vez mais espaço e notoriedade no mercado de trabalho, com atuação nas principais cidades brasileiras.

Essas empresas atuam basicamente em duas frentes de prestação de serviços: entrega de mercadorias (das compras de supermercado à tradicional pizza de domingo, dos documentos costumeiros de escritório à sofisticada logística do *e-commerce*; ou como a própria Rappi explicita em seu site: “entrega qualquer coisa”³), e transporte privado de pessoas.

Como tratado em Abílio (2017), as empresas-aplicativo comumente se apresentam como mediadoras entre oferta e procura, afirmando sua atuação como parte do *e-marketplace*. A Uber, por exemplo, frente às batalhas jurídicas, vem

³ Disponível em: <https://www.rappi.com.br/blog/perguntas-frequentes-rappi/>. Acesso em: 16 out. 2019.



alegando que atua não no setor de transporte, mas de tecnologia, como provedora de meios técnicos que possibilitam o encontro entre motoristas e consumidores.

Estas empresas, ademais, recorrentemente propagandeiam seu valor de mercado, eventualmente divulgando seus dados operacionais e logísticos como meio de firmar seu sucesso nos seus ramos de atuação. Já a divulgação sobre o número de trabalhadores cadastrados é bem rara, de forma que não há dados precisos sobre o contingente, perfil socio econômico, rendimentos.

Ilustrativamente, de acordo com os dados oficiais (UBER, 2019), somente no Brasil a empresa Uber conta com mais de 600 mil motoristas e 22 milhões de usuários, e está presente em mais de 100 municípios. Quando se tornou uma sociedade de capital aberto, foi avaliada em 82 bilhões de dólares americanos (RIBEIRO, 2019).

Ainda à luz da exemplificação, com base em informações de fevereiro de 2019, a empresa Loggi está presente em 33 cidades brasileiras, e realiza cerca de 100 mil entregas por dia, o que totaliza quase 3 milhões ao mês (LOURENÇO, 2019). A meta para 2020, um tanto quanto ambiciosa, é realizar 5 milhões de entregas diárias. Recentemente, foi avaliada em um bilhão de dólares. Apresenta um plano de “entregar qualquer coisa em qualquer lugar”, integrando diferentes tipos de transporte de entrega por todo o território nacional (STACHEWSKI, 2019).

Enquanto a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ou simplesmente “Correios”), considerada a maior empregadora do país, conta com 104.688 empregados diretos (CORREIOS, 2019); estipula-se que 4 milhões de pessoas têm os aplicativos como forma de renda (ESTADÃO CONTEÚDO, 2019), e que 5,5 milhões estão cadastradas neles (GRAVAS, 2019). Ademais, segundo o IPEA - INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (2019), verifica-se que este número vem crescendo vertiginosamente, tendo registrado um aumento de 201 mil pessoas (ou 104,2%) no primeiro trimestre de 2019 em relação ao mesmo período do ano passado.



Considerada como uma espécie de “porta de entrada”, por ter um perfil tipicamente juvenil, negro e periférico, o serviço de entrega realizado por bicicleta nos evidencia o poder das empresas-aplicativo em criar novas ocupações, que são gerenciadas e organizadas por novos meios. Surfando na gravidade do desemprego juvenil, as empresas-aplicativo apresentam-se como uma alternativa de geração de renda. Em realidade, oferecem uma atividade altamente precária, perigosa e insegura, que demanda extensas jornadas de trabalho e valor rebaixado da mão de obra. Dados divulgados pelo IBGE (2019), referentes ao 2º semestre de 2019, apontam desemprego de 42,2% entre a população de 14 a 17 anos, 25,8% entre 18 a 24 anos, 11,1% entre 25 a 39 anos, 7,2% entre 40 a 59 anos, e 4,8% entre 60 anos ou mais.

A “Pesquisa do Perfil dos Entregadores Ciclistas de Aplicativo”, realizada pela Associação Brasileira do Setor de Bicicletas - Aliança Bike (2019), é o primeiro grande levantamento quantitativo com rigor metodológico feito sobre o tema em São Paulo. O estudo inédito envolveu 270 entrevistas com entregadores que estão na atividade há pelo menos um mês.

Dos 270 entrevistados, apenas três eram mulheres. Em relação à idade, 25% têm até 19 anos, 50% até 22 anos, e 75% até 27 anos (o mais jovem dos entrevistados tinha 16 anos e o mais velho, 59 anos). Neste aspecto, não é incomum verificar menores de idade prestando tais serviços, conforme reportado em matéria do “El País” (ALESSI, 2019) – o que é proibido pelo Decreto nº 6.481/2008, que regulamenta a Convenção nº 182 da OIT, pois a atividade coloca em risco a segurança do menor de 18 anos, e o expõe a acidentes de trânsito e à violência.

Quanto à escolaridade, 40% têm até o ensino fundamental completo, 53% têm até o ensino médio completo, 4% têm até o nível superior e 1% pós-graduação (vale ressaltar, ainda, que apenas 16% afirmaram ainda estudar). Por fim, em relação à cor ou raça, 71% se declararam negros (sendo 44% pardos e 27% pretos), 26% brancos, 2% amarelos e 1% indígenas.

Ainda de acordo com o referido estudo, 86% afirmaram não ter outro emprego, 9% tinham emprego fixo e o restante (5%) tinha emprego esporádico/“bico”.



Das 39 pessoas que declararam ter outros empregos, 8 (3%) trabalham também fazendo entregas para restaurantes, fora de aplicativos.

Deste modo, verifica-se que as empresas detêm meios de subordinar por novas formas um enorme contingente de jovens de 18 a 22 anos de idade, especialmente negros e com baixa escolaridade – que se encontram em ocupações de baixa qualificação e rendimento, e em condições de subutilização e desemprego.

O serviço de entrega por bicicleta tornou-se emblemático da degradação contemporânea do trabalho, evidenciando os desafios para a compreensão e resistência frente as novas formas de organização do trabalho. Utilizando-se da força física e da bicicleta como meios de trabalho, estas empresas-aplicativo operam num vácuo jurídico que se estende da regulação deste trabalho, das normas de segurança e proteção ao trabalhador até a regulação, taxação, e definição de limites da atuação dos próprios aplicativos.

Para tornar ainda mais complexa a discussão e a realidade do trabalho, estes jovens periféricos têm a possibilidade de alugar bicicletas por meio de aplicativos de instituições financeiras (MACIEL, 2019). Não à toa, recentemente circulou uma série de memes sobre o *bike boy* como o trabalhador emblemático do século XXI: carregando uma caixa nas costas, em uma bicicleta alugada de uma instituição financeira, trabalhando para um aplicativo que não o reconhece como empregado, o ciclista pedala dezenas de quilômetros por dia entregando comida de um restaurante que não o remunera, para um consumidor que não o contratou.

3. A ROUPAGEM DO EMPREENDEDORISMO

De nosso ponto de vista, é preciso desconstruir criticamente a ideia de que trabalhadores uberizados estejam se tornando empreendedores. Não são detentores de capital, sua atividade não está associada à inovação. O que está em jogo são novas formas de controle e gerenciamento que operam sobre um trabalhador agora



inteiramente desprotegido, reduzido à condição de autônomo, e que segue, entretanto, tendo seu trabalho subordinado e controlado.

Desta forma, uma simples compreensão dos termos “empreendedorismo”, “empreendedor” ou “empreendedorista”, nos termos em que assinalado na introdução do presente estudo, já bastaria para rechaçar a ideia de que os entregadores ou motoristas que prestam serviços em plataformas digitais são empreendedores, uma vez que não possuem qualquer ingerência nas tomadas de decisão dos negócios.

O discurso do empreendedorismo propagandeado por estas empresas está fundamentalmente baseado na ideia de “você decide a hora e o quanto vai trabalhar e receber”⁴. Por sua vez, a autonomia, que em realidade se refere à possibilidade de determinar a duração e distribuição da jornada de trabalho, está administrada pelos sofisticados sistemas de controle de qualidade, distribuição e precificação dos serviços que são de propriedade das empresas-aplicativo. Bonificações, determinação total sobre a distribuição dos serviços, aliadas a possibilidade de mapear todo o processo de trabalho desta multidão de trabalhadores instauram uma nova forma de gerenciamento e controle sobre os trabalhadores.

Como demonstra Slee (2018), as empresas almejam e conseguem agir de forma monopolística, passando a impor a fixação - permanentemente cambiante - de um valor essencialmente baixo do trabalho. A concorrência entre os aplicativos tende a rebaixar mais ainda o valor da força de trabalho. Este poder se traduz na progressiva exigência de mais horas de trabalho do entregador/motorista “parceiro”, uma vez que para alcançar seus objetivos financeiros de subsistência, precisará, muitas vezes, ultrapassar os limites constitucionais da jornada de trabalho. Assim, o algoritmo dessas empresas consegue, ao mesmo tempo, aumentar a disponibilidade do serviço aos seus clientes e a dependência do trabalhador, revelando-se uma verdadeira e exclusiva “win-win situation”.

⁴ Vide a interface da Uber para cadastro de novos motoristas: https://www.uber.com/a/join-new?_ga=2.223779099.1834123103.1571612559-2020931449.1571273732. Acesso em 20 out. 2019.



Em continuidade, o sistema de avaliação engendrado pelos aplicativos conta com as avaliações e comentários dos usuários do serviço – constituindo uma espécie de gerente coletivo composta pela multidão de consumidores (ABÍLIO, 2017); de forma que os trabalhadores têm seu trabalho permanentemente vigiado, controlado e gerenciado, por meio de dados produzidos por sua própria atividade e a dos consumidores.

As empresas não demitem, mas têm o poder do desligamento. Este varia do bloqueio temporário ou permanente, caso o trabalhador não aceite um determinado número de tarefas, caso se envolva em manifestações políticas contra a empresa, caso seja denunciado por má conduta (ABÍLIO, 2019).

Constantemente ameaçado pela possibilidade de ter o acesso restringido por não aceitar determinadas corridas, ou até mesmo ser excluído da plataforma por não atingir um “*score*” considerado razoável (conforme pode ser abertamente observado no documentário “GIG – A Uberização do Trabalho”, concebido pela organização não governamental Repórter Brasil), o entregador/motorista se vê obrigado a atender uma série de exigências para garantir o melhor atendimento, o qual não é formalmente definido, mas com padrões permanentemente operantes. Consumidores se tornam uma multidão vigilante sobre o padrão de qualidade do trabalho, mas quem detém o poder de definição das regras do que é a qualidade e dos meios da produtividade do trabalho é a empresa (ABÍLIO, 2017).

Desta forma, as condições de trabalho demonstram o grau de submissão a que estão expostos tais trabalhadores. Mais uma vez, a análise do trabalho de entregas realizado por bicicleta demonstra-se crucial para revelar a profundidade da exploração.

A pioneira “Pesquisa do Perfil dos Entregadores Ciclistas de Aplicativo”, conduzida pela Associação Aliança Bike (ALIANÇA BIKE, 2019), conforme citado acima, trouxe importantes apontamentos sobre os investimentos e gastos com bicicleta e outros equipamentos, quilometragem percorrida, tempo de experiência na profissão, horas e dias trabalhados por semana, e ganhos mensais.



Dos 270 entrevistados, apenas 5% responderam que não realizaram nenhum investimento para iniciar a prestação de serviços; 27% tiveram despesas com conserto ou manutenção; 31% compraram uma bicicleta; 59% alteraram o plano de dados do celular; e 67% precisaram comprar a mochila térmica que armazena os produtos a serem entregues. Parte dos entrevistados (16%) alegou, ainda, ter realizado despesas em relação a acessórios para bicicleta (ex: farol, lanternas de iluminação, capacete, capa de chuva, bateria portátil, etc).

Verifica-se, portanto, uma completa inversão da alteridade, uma vez que os riscos do negócio são amplamente assumidos pelos trabalhadores, que devem providenciar desde o meio de transporte ao equipamento necessário para armazenamento do produto a ser entregue, que, na maioria das vezes, estampa a própria marca da empresa para a qual presta serviços. Ou seja, além de tudo, o trabalhador realiza um trabalho não pago de fomento da marca.

Em relação à quilometragem percorrida diariamente pelos entregadores, o estudo dividiu a metodologia em: a) distância entre residência e região de trabalho; e b) quilômetros pedalados em entregas. No primeiro caso, a média é de 10,3km; no segundo, estimou-se uma média de 40km. Considerando que a pesquisa apurou que 57% dos entrevistados trabalham todos os dias da semana, 24% seis dias por semana e 11% cinco dias; é possível afirmar que a média semanal percorrida ultrapassa os 300km.

Não obstante, também foi apurado que a média de horas à disposição dos aplicativos é de 9 horas e 24 minutos por dia, sendo que 25% laboram até 8 horas, 50% até 10 horas, e 75% trabalham até 12 horas. Assim, constata-se que há inversão da lógica de excepcionalidade no elastecimento da jornada de trabalho, uma vez que a grande maioria dos trabalhadores do setor laboram muito além do limite constitucional de 8 horas diárias e 44 horas semanais, o qual, frisa-se, deve valer para todos os trabalhadores, com vínculo ou sem vínculo empregatício, nos termos do art. 7º, *caput*, da CF/88.



A razão para permanecerem tantas horas em dedicação aos aplicativos é explicada pela baixa remuneração auferida por esses trabalhadores. Conforme exposto na análise aludida acima, apurou-se a seguinte média salarial:

Quantidade de horas trabalhadas por dia	Quantidade de entregadores	Média dos rendimentos mensais
Até 5 horas	19	R\$466,20
De 6 a 8 horas	78	R\$752,90
De 9 a 12 horas	132	R\$1.105,80
Mais de 12 horas	15	R\$995,30
Total Geral	244	R\$936,00

Fonte: ALIANÇA BIKE, 2019.

Embora não haja referência se o rendimento é líquido (no sentido de desconsiderar todas as despesas dos entregadores), observa-se que a média salarial é inferior ao salário mínimo nacional (R\$998,00, em 2019). Assim, para aumentar o rendimento, os trabalhadores se expõem a longas jornadas de trabalho, sem, contudo, ter a garantia de que terão remuneração superior ao próprio salário mínimo, uma vez que a média salarial dos que laboram mais de 12 horas diárias foi apurada em R\$995,30.

Neste particular, há que se fazer a ressalva de que cada um dos diversos aplicativos prevê que um determinado percentual dos valores obtidos com as entregas ou viagens realizadas será destinado a remunerar a própria plataforma digital. Observa-se, pois, que o trabalhador não mantém consigo todo o valor que arrecada com as viagens e/ou entregas, revelando mais uma vez a completa inversão da alteridade. Não obstante, entregadores da “Rappi” afirmam sofrer prejuízos quando ocorre o cancelamento de pedidos por clientes (RODRIGUES, 2019).

Por fim, a pesquisa demonstra que 37% dos trabalhadores fazem entregas há menos de 3 meses, 28% entre 3 e 6 meses, 22% entre 6 meses e 1 ano, 11% entre 1



e 2 anos, e 2% mais de 2 anos. Tem-se, portanto, que 65% atua no setor há menos de 6 meses.

O que se constata também é que a demanda por entregas de refeições se concentra no horário de almoço e jantar. Os custos de deslocamento e desgaste físico de retorno do centro para seu local de moradia na periferia têm feito com que estes trabalhadores perambularem pela cidade neste intervalo, ficando disponíveis a empresa-aplicativo sem serem utilizados, em um tempo de trabalho praticamente não remunerado (MACHADO, 2019).

Entretanto, em determinadas regiões, a demanda ocorre durante todo o dia. Nestes casos, a empresa pode estabelecer regras que visem que o trabalhador fique permanentemente conectado e disponível. Como demonstra Machado (2019), em determinada região uma empresa oferece uma bonificação para o trabalhador que ficar 12 horas ininterruptas logado e não recusar nenhuma entrega.

Considerando a jornada constitucional de 8 horas diárias de trabalho, a prestação de horas extraordinárias deve ser encarada como excepcional dentro da atividade empresarial (como a própria denominação do instituto sugere). Além de descumprir diversos direitos trabalhistas (a exemplo da limitação de jornada e do respeito aos intervalos para refeição e descanso), o labor exercido por 12 horas ininterruptas, com intenso esforço físico e sujeito às variações climáticas, provoca extrema fadiga e é capaz de reduzir o desempenho e a atenção necessária à execução do trabalho.

Na esteira do ensinamento preconizado por Bernardino Ramazzini (2016), há 300 anos, em sua célebre obra “As doenças dos trabalhadores”, o trabalho realizado em sobrejornada, com extrema utilização da força física, sujeito às intempéries e exposto à violência do trânsito inegavelmente pressupõe maior risco ao adoecimento profissional ou a acidentes de trabalho. Tal afirmação pode ser inferida no Decreto nº 6.481/2008, ao afirmar que os serviços externos que impliquem em manuseio e porte de valores expõem os “office-boys”, mensageiros ou contínuos a



acidentes de trânsito e à violência, podendo ocasionar desde traumatismos, ferimentos a ansiedade e estresse.

Não há que se desprezar, ainda, o possível dano existencial à vida do trabalhador, que em decorrência de longas e exaustivas jornadas se vê impossibilitado de se relacionar em sociedade ou de construir um projeto de vida. Ou seja, ao viver basicamente em função do trabalho, deixa-se, por não haver tempo livre suficiente, de cursar uma faculdade, de prestar um serviço social, de frequentar a igreja, o cinema, o estádio de futebol, o aniversário de um amigo, ou qualquer outra atividade que dá sentido à realização profissional ou pessoal do trabalhador.

Portanto, o argumento de que o prestador de serviços é um empreendedor desmancha-se facilmente quando verificadas as condições de trabalho e as novas formas de gerenciamento e controle do trabalho praticadas pelas empresas-aplicativo. Ao vender a ilusão de que o “parceiro” irá fazer renda apenas trabalhando nos dias em que quiser e na quantidade de tempo que desejar, os aplicativos dão nova roupagem ao conceito de empreendedorismo para transferir aos trabalhadores os riscos que são inerentes ao próprio negócio, redefinindo, por conseguinte, os contornos da alteridade.

Neste sofisticado e pernicioso *modus operandi*, a noção de empreendedorismo poderia então se deslocar para a de *autogerenciamento subordinado* (ABÍLIO, 2019). Ou seja, os meios de produção de responsabilidade/propriedade do trabalhador, são em realidade meios/instrumentos de trabalho, sendo os próprios meios técnicos para o gerenciamento algorítmico o principal meio de produção. Longe da figura de um pequenino capitalista, o trabalhador em realidade passa a arcar com riscos e custos da atividade sem contar com qualquer contrapartida no que se refere à proteção social, direitos ou mesmo garantias sobre sua própria remuneração.



4. AMEAÇAS, DESAFIOS E OPORTUNIDADES

Conforme bem pontuado no trabalho “Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos” (OITAVEN *et al*, 2018), obra conjunta idealizada pelo Ministério Público do Trabalho, as empresas que operam tais aplicativos argumentam que a relação de emprego inviabilizaria o modelo de negócios, e traria consequências negativas para os trabalhadores, consumidores e para a própria economia.

Se tal argumento for aceito e levado a efeito, estaríamos concedendo um privilégio sem precedentes ao seleto grupo das empresas da denominada “economia de compartilhamento”, assumindo, outrossim, que a lei não vale para todos. Assim, colocam-se em xeque os princípios da isonomia e da legalidade, esculpidos no art. 5º, caput, e II, respectivamente, da Constituição Federal. Ademais, tornaria letra morta o disposto nos artigos 3º, 5º e 6º do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro LINDB), norma geral de direito que orienta a vigência, validade, eficácia e vigor das normas, bem como a aplicação, formas de interpretação, conflito de normas no tempo e no espaço.

Olhando-se ainda para a atuação monopolística destas empresas, a ausência de regulação também se traduz em beneficiar a atuação predatória de empresas que passam a subordinar outras empresas e multidões de trabalhadores, operando em um espaço carente de regulações e limites à sua ação, os quais vêm se legitimando em nome da geração de emprego. Assim, também acabam por ferir os princípios da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego, e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (art. 170, III, IV, V, VII, VIII e IX, CF/88).

Há que se levar em consideração, ainda, que a Uber lançou o aplicativo “Uber Works”, no começo de outubro. Disponível inicialmente apenas para a cidade de Chicago, nos Estados Unidos, o novo aplicativo permitirá a contratação de serviços nos



setores de limpeza, bares e depósitos (BBC, 2019). Ou seja, o que a empresa evidencia é a possibilidade de estender-se para outros setores, visando uma atuação que ao mesmo tempo em que monopoliza, instaura novas formas de organização, remuneração distribuição e controle do trabalho que se fazem uma ameaça real aos direitos fundamentais trabalhistas.

No entanto, ainda que as ameaças se avizinhem, deve-se lembrar que o contrato de trabalho é, precipuamente, um contrato realidade; ou seja, a relação de emprego emerge dos fatos. Verificados empiricamente os requisitos caracterizadores do vínculo empregatício (arts. 2º e 3º, CLT), dispensa-se qualquer outra formalidade para o seu reconhecimento. Sendo assim, são os fatos que, aprioristicamente, ditam e diferenciam o que é uma relação de emprego (espécie) e o que é uma relação de trabalho (gênero).

Ainda, além de recordar os importantes dizeres esculpidos no art. 6º, parágrafo único, da CLT, que equipara os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão aos meios pessoais e diretos para fins de subordinação jurídica; deve-se ressaltar também o mandamento do art. 9º do mesmo diploma, segundo o qual são nulos os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da norma trabalhista.

Assim, por mais que se tente obstar peremptoriamente o reconhecimento de vínculo de emprego, seja por meio da elaboração de novas e sofisticadas formas de subordinação, ou através de alterações legislativas (a exemplo da Resolução nº 148/2019 do Ministério da Economia, que permitiu a possibilidade do “motorista de aplicativo independente” aderir ao MEI – microempreendedor individual), os fatos que sustentam a relação de emprego não podem jamais ser modificados.

Neste sentido, deve-se destacar a aprovação da lei “AB-5”, no estado norte-americano da Califórnia (CALIFORNIA LEGISLATIVE INFORMATION, 2019), ironicamente berço da Uber e da Lyft (ambas com sede em São Francisco). De acordo com a lei, as empresas da “gig economy” estão obrigadas a registrar seus prestadores de serviço como empregados, estendendo-lhes direitos como salário mínimo, seguro-



desemprego, feriados remunerados, assistência médica, indenização por danos sofridos no trabalho, sindicalização.

A conquista destes trabalhadores foi fruto de intensas greves e reivindicações por melhoria nas condições de trabalho, o que representa a oportunidade que os entregadores e motoristas brasileiros possuem para conseguir algum avanço no reconhecimento de seus direitos.

Por sua vez, sem o respaldo das instituições públicas e privadas, a atuação isolada dos trabalhadores, por si só, não possui o condão de alterar substancialmente as condições de trabalho. Em um cenário em que o número de mortes de motociclistas aumentou 18% (NIEDERAUER, 2019) e o de ciclistas 80% (RIBEIRO, 2019), em relação a 2018, na cidade de São Paulo, é preciso que essa pauta de reivindicações não esteja adstrita a um determinado grupo.

De modo amplo e geral, nos termos em que defendidos pela OIT (2019) no relatório “Trabalhar para um futuro melhor”, seria ideal que se desenvolvesse um sistema de governação internacional para as plataformas de trabalho digitais, exigindo-se o cumprimento de direitos e proteções mínimas de trabalho.

No âmbito interno, deve-se fortalecer as instituições públicas de inspeção e fiscalização do trabalho como forma de incentivo ao cumprimento das normas trabalhistas mínimas, sobretudo as relacionadas à saúde e segurança. Outro passo importante em direção ao respeito da dignidade humana e valorização social do trabalho seria o reconhecimento do direito de livre associação, sindicalização e negociação coletiva, uma vez que a inclusão desses trabalhadores possibilitaria a definição de cláusulas obrigacionais, sociais e econômicas que prestigiassem o trabalho decente como base do próprio desenvolvimento da atividade econômica exercida.

O que se tem, portanto, é a necessidade de implementação de um diálogo social amplo entre as partes envolvidas, de maneira que as categorias econômicas e profissionais, com o amparo estatal, possam encontrar soluções práticas efetivas na



melhoria das condições de trabalho, sobretudo no que diz respeito às normas de saúde e segurança.

Por sua vez, a realidade fática e jurídica vivenciada atualmente por estes trabalhadores demonstra que a consagração dos direitos trabalhistas fundamentais ainda está distante. Além do evidente descumprimento da legislação trabalhista, constata-se, paralelamente, o recrudescimento do movimento sindical e da negociação coletiva como arena própria para melhoria das condições de trabalho.

Desta feita, cumpre ao Estado, sindicatos, empregadores e trabalhadores estabelecerem, com observância do diálogo social, políticas públicas e privadas capazes de garantir e efetivar os direitos trabalhistas mínimos; o que, por sua vez, impactará positivamente nas questões de desocupação, subutilização, informalidade, cobertura previdenciária, dentre outras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um país em que até a canonização de uma freira dedicada à assistência social, caridade e beneficência médica é inescrupulosamente enviesada pela ótica do empreendedorismo (GUANAES, 2019), não é de se causar espanto a utilização desta mesma roupagem para dissimular o trabalho desempenhado em plataformas digitais de entrega de mercadorias e transporte de pessoas.

É inegável que o progresso técnico advindo da criação de novas tecnologias é essencial para o desenvolvimento econômico e que carrega consigo transformações culturais e sociais significativas para a sociedade. Por outro lado, a História demonstra que, muitas vezes, a inovação tecnológica é acompanhada de muita dor e sofrimento, traduzidos no desemprego ou na exploração indigna do trabalho humano. O desenvolvimento tecnológico não é neutro, suas direções, apropriações e objetivos são políticos.



No atual momento histórico de massificação da “economia de compartilhamento”, “gig economy”, “Revolução 4.0”, “Revolução Digital”, verifica-se que tudo parece ser efêmero. Inovações, logotipos, trabalho, alteridade, empreendedorismo e instituições precisam continuamente receber novos conceitos e roupagens para permitir a atração de consumidores, em substituição aos cidadãos.

Em tempos de crise econômica, os aplicativos encarnam o papel de bastiões da atividade econômica e se aproveitam do enorme contingente de desocupados, desalentados e subutilizados para impor-lhes o tratamento jurídico que julgam ser o mais adequado para os próprios interesses; inclusive, reconfigurando relações de trabalho em setores inteiros, como assistimos com os motoboys. Não obstante, invocam um privilégio impertinente ao alegarem que a relação de emprego tornaria seus negócios economicamente inviáveis; assumindo, por consequência, que a lei não vale para todos.

O Estado, profundamente imerso na orientação econômica neoliberal, onde direitos são transformados em meros custos econômicos, exime-se dos seus deveres constitucionais-mandamentais de defender e proteger os princípios da legalidade, isonomia, vedação ao retrocesso social, respeito à dignidade humana, valorização social e, inclusive, da livre iniciativa e ampla concorrência, pois ao endossar o tratamento jurídico dispensado por estas empresas aos seus trabalhadores, está criando concorrência desleal em relação àqueles que estão rigorosamente submetidos ao cumprimento da norma estatal.

Enquanto isso, o trabalhador, notadamente o elo mais frágil dessa relação, inserido em um brutal excedente de mão de obra, atraído pela demanda e movido pela necessidade, ou por vezes pela possibilidade imediata de auferir maiores ganhos – situação incerta e passageira - encontra nos aplicativos a sua maneira de se (re)inserir, ainda que de forma precária, no mercado de trabalho brasileiro, notadamente marcado pela alta rotatividade e informalidade, dispersão salarial e reiterado descumprimento aos direitos trabalhistas mínimos.



Além disso, à medida que as plataformas digitais avançam no conhecimento tecnológico, ampliam e diversificam os serviços oferecidos, proporcionando a contratação de trabalhadores além das possibilidades atualmente já disseminadas, a ameaça de expansão do desemprego e mercantilização do trabalho humano mostra-se cada vez mais real.

Neste sentido, demonstra-se que o trabalho desenvolvido em plataformas digitais não possui mínima relação com empreendedorismo, pois além de não serem detentores dos meios de produção e não possuírem qualquer influência no modelo de gestão dos negócios, os trabalhadores estão submetidos a péssimas condições de trabalho, sem qualquer proteção social ou amparo legal-institucional do Estado. Estão a mercê de determinações que lhes são inteiramente alheias – a exemplo da remuneração, a duração e intensidade de sua jornada.

De toda sorte, os marcos normativos do trabalho estão todos à disposição, seja em plano internacional (relatórios, declarações, convenções, recomendações) ou nacional (Constituição Federal, Consolidação das Leis do Trabalho, normas regulamentadoras de saúde e segurança no trabalho), cabendo ressaltar neste último caso, os mandamentos esculpados nos arts. 2º, 3º, 6º, parágrafo único, e 9º da CLT.

Sendo assim, conforme já demonstrou a experiência internacional, torna-se imperativo avançar no reconhecimento dos direitos trabalhistas neste setor, o que somente poderá ser alcançado por meio da atuação conjunta dos atores sociais envolvidos, pelo fortalecimento das instituições públicas de inspeção, fiscalização e estabilização das relações de trabalho e no reconhecimento do direito de livre associação, sindicalização e negociação coletiva como base de um sistema integrado de desenvolvimento da atividade econômica com respeito aos princípios constitucionais da dignidade humana e da valorização social do trabalho (art. 1º, III e IV, CF/88).



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABILIO, Ludmila Costhek. Uberização do trabalho: A subsunção real da viração, **Blog da Boitempo**, 2017. Disponível em:

<<https://blogdaboitempo.com.br/2017/02/22/uberizacao-do-trabalho-subsuncao-real-da-viracao/>>. Acesso em: 15 out. 2019.

ABILIO, Ludmila Costhek. Uberização do trabalho: Uberização: do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado. **Revista Psicoperspectivas: Individuo y sociedad**. Vol, 18, n.03, p.1-11, 2019.

ALESSI, Gil. Jornada maior que 24 horas e um salário menor que o mínimo, a vida dos ciclistas de aplicativo em SP. **El País**, São Paulo, 07 ago. 2019. Disponível em:

<https://brasil.elpais.com/brasil/2019/08/06/politica/1565115205_330204.html>.

Acesso em 18 out. 2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO SETOR DE BICICLETAS – ALIANÇA BIKE. **Pesquisa de perfil dos entregadores ciclistas de aplicativo**, 2019. Disponível em:

<http://www.aliancabike.org.br/assets/docs/09_08_2019_09_45_190807_relatorio_s2.pdf>. Acesso em: 17 out. 2019.

BARCELLOS, Thais. Indústria brasileira pode deixar ranking das dez maiores do mundo. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 01 out. 2019. Disponível em:

<<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,industria-brasileira-pode-deixar-ranking-das-dez-maiores-do-mundo,70003031928>>. Acesso em: 15 out. 2019.

BBC. O que é a Uber Works, app ‘agência de trabalho’ que a gigante de tecnologia testa nos EUA. **BBC News Brasil**, 03 out. 2019. Disponível em:

<<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-49928682>>. Acesso em 22 out.

2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. DOU, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em:



<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em 22 out. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. DOU, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acessos em 15, 22 e 23 out. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 6.481/2008, de 12 de junho de 2008**. DOU, Brasília, 13 jun. 2008.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6481.htm>. Acesso em: 17 out. 2019.

CALIFORNIA LEGISLATIVE INFORMATION. **Bill Text, AB-5 Worker status: employees and independent contractors**, 09 aug. 2019. Disponível em:

<https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB5>.

Acesso em 22 out. 2019.

CORREIOS. Sobre os correios, a empresa, quem somos, **principais números**, 2019.

Disponível em: <<https://www.correios.com.br/sobre-os-correios/a-empresa/quem-somos/principais-numeros>>. Acesso em: 16/10/2019.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**, volume 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ESTADÃO CONTEÚDO. Apps como Uber e iFood se tornam “maior empregador” do Brasil. **Exame**, São Paulo, 28 abr. 2019. Disponível em:

<<https://exame.abril.com.br/economia/apps-como-uber-e-ifood-sao-fonte-de-renda-de-quase-4-milhoes-de-pessoas/>>. Acesso em 16 out. 2019.

ESTADÃO CONTEÚDO. Governo espera ter em 90 dias propostas para aprofundar reforma trabalhista. **IstoÉ**, São Paulo, 05 set. 2019. Disponível em:

<https://istoe.com.br/governo-espera-ter-em-90-dias-propostas-para-aprofundar-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 15 out. 2019.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**.

BAIRD, Marina; ANJOS, Margarida dos (coord.). 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.



GRAVAS, Douglas. 5,5 milhões usam apps de transporte para trabalhar. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 28 abr. 2019. Disponível em:

<<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,5-5-milhoes-usam-apps-de-transporte-para-trabalhar,70002807114>>. Acesso em 16 out. 2019.

GUANAES, Nizan. CEO brasileira é canonizada. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 08 out. 2019. Disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/nizanguanaes/2019/10/ceo-brasileira-e-canonizada.shtml>>. Acesso em 23 out. 2019.

KREIN, José Dari; ABÍLIO, Ludmila; FREITAS, Paula; BORSARI, Pietro; CRUZ, Reginaldo. Flexibilização das relações de trabalho: insegurança para os trabalhadores. In: KREIN, José Dari; GIMENEZ, Denis Maracci; SANTOS, Anselmo Luis (Org.). **Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil**. Campinas: Curt Nimuendajú, 2018. p. 95-122.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION - ILO. **Country profiles**. ILOSTAT, Geneva, 2019. Disponível em:

<<https://www.ilo.org/ilostatcp/CPDesktop/?list=true&lang=en&country=BRA>>. Acesso em: 15 out. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Número de entregadores cresce 104,2% devido ao desemprego**. IPEA, Brasília, 24 jul. 2019. Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34920&catid=131>. Acesso em 16 out. 2019.

LOURENÇO, Enio. Fabien Mendez, CEO da Loggi: “Quero fazer 5 milhões de entregas por dia até 2020”. **Startse**, 05 de fev. 2019. Disponível em:

<<https://www.startse.com/noticia/empreendedores/60616/ceo-da-loggi-fabien-mendez-logistica-do-brasil>>. Acesso em 16 out. 2019.

MACHADO, Leandro. Dormir na rua e pedalar 12 horas por dia: A rotina dos entregadores por aplicativo. **BBC News Brasil**, São Paulo, 22 mai. 2019. Disponível em:

<<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48304340>>. Acesso em 30 out. 2019.



MACIEL, Matheus. Bikes 'laranjinhas' passam a ser usadas por entregadores e até agentes do Segurança Presente. **O Globo**, Rio de Janeiro, 22 abr. 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/bikes-laranjinhas-passam-ser-usadas-por-entregadores-ate-agentes-do-seguranca-presente-23614077>>. Acesso em 17 out. 2019.

MARTINES, Fernando. Unificar com Federal: Deputado apresenta PEC para acabar com a Justiça do Trabalho. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 09 out. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-09/deputado-apresenta-pec-acabar-justica-trabalho>>. Acesso em: 15 out. 2019.

NIEDERAUER, Ana Paula; ESTADÃO CONTEÚDO. Por segurança, Prefeitura fecha acordo com empresas de entrega por aplicativo. **Terra Cidades**, São Paulo, 18 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/cidades/por-seguranca-prefeitura-fecha-acordo-com-empresas-de-entrega-por-aplicativo,3dbe66e1b824714b6640fff07db5661bjgucmq8v.html>>. Acesso em: 22 out. 2019.

OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio Luís. **Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018, p. 21-24.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. **Trabalhar para um futuro melhor**. Comissão Mundial sobre o Futuro do Trabalho. Lisboa: OIT, 2019. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_677383.pdf>. Acesso em 22 out. 2019.

RAMAZZINI, Bernardino. **As doenças dos trabalhadores**. Trad. Raimundo Estrêla. 4. ed. São Paulo: Fundacentro, 2016.

RIBEIRO, Felipe; REUTERS. Uber é avaliada em US\$ 82 bilhões após abertura de capital. **Canaltech**, São Bernardo do Campo, 10 maio 2019. Disponível em:



<<https://canaltech.com.br/bolsa-de-valores/uber-e-avaliada-em-us-82-bilhoes-apos-abertura-de-mercado-138929/>>. Acesso em: 16 out. 2019.

RIBEIRO, Renata. Número de mortes de ciclistas sobe quase 80% em SP até julho.

Globo: **G1**, São Paulo, 19 ago. 2019. Disponível em: Disponível em:

<<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/08/19/numero-de-mortes-de-ciclistas-sobe-quase-80percent-em-sp-ate-julho.ghtml>>. Acesso em: 22 out. 2019.

RODRIGUES, Louise. Entregadores da Rappi reclamam de prejuízos com o app.

TechTudo, 6 jun. 2019. Disponível em:

<<https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/09/entregadores-da-rappi-reclamam-de-prejuizos-com-o-app.ghtml>>. Acesso em 21 out. 2019.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SISTEMA IBGE DE RECUPERAÇÃO AUTOMÁTICA – SIDRA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Trimestral - PNADC/T**. IBGE, 2019. Disponível em:

<https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/pnadct/tabelas>. Acessos em 15 e 18 out. 2019.

SLEE, Tom. **Uberização: a nova onda do trabalho precarizado**. São Paulo: Editora Elefante, 1ª ed., 2018.

STACHEWSKI, Ana Laura. Loggi, o mais novo unicórnio brasileiro, quer ter frota de aviões para fazer entregas. **Globo: Revista Pequenas Empresas Grandes Negócios**, 05 jun. 2019. Disponível em:

<<https://revistapegn.globo.com/Startups/noticia/2019/06/loggi-o-mais-novo-unicornio-brasileiro-quer-ter-frota-de-avioes-para-fazer-entregas.html>>. Acesso em 26 out. 2019.

UBER, Fatos e dados sobre a Uber. **Uber Newsroom**, São Paulo, 10 maio 2019.

Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fa-tos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em: 16 out. 2019.





Received: 12.12.2019

Accepted: 17.12.2019

<https://doi.org/10.33239/rtdh.v2i2.60>

1 Professor Pleno da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), Campus Salvador. Doutor e Pós-Doutor em Letras pelo Departamento de Teoria Literária e Literatura Comparada da Universidade de São Paulo. Integra o Programa de Pós-Graduação em Estudos Literários da Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS).

<https://orcid.org/0000-0001-8961-0558>

2 Pós-Graduado (nível de Especialização) em Departamento Pessoal e Legislação Trabalhista pelo Centro Universitário Maurício de Nassau (UNINASSAU). Graduado em Administração pela Universidade Salvador (UNIFACS) e em em Gestão de Recursos Humanos pela UNINASSAU.

<https://orcid.org/0000-0001-9397-0855>


This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Diversidade e mercado de trabalho no Brasil

Diversity and job market in Brazil

Diversidad y mercado de trabajo en Brasil

*Suênio Campos de Lucena*¹
*Cristiano Vileno Conceição Santos*²

RESUMO

Este artigo busca refletir sobre os avanços e retrocessos que envolvem o mercado de trabalho formal e o segmento LGBT. Como essa questão segue fortemente na agenda da sociedade e nas instâncias política, familiar, trabalhista etc., este tema é de enorme relevância, sobretudo, quando organizações começam a assumir o discurso do respeito à diferença e de mais inclusão a grupos historicamente excluídos, abrindo diálogo e acesso ao trabalho formal. Assim, realizamos breve levantamento histórico de leis nos Estados Unidos, Europa e Brasil, a fim de verificarmos a questão da ocupação formal da comunidade LGBT, particularmente, de transgêneros/as e travestis, tendo em vista a atuação de partidos políticos que se amparam em bancadas religiosas no sentido de barrarem a eventual aprovação de leis e conquistas de direitos desse grupo, uma vez que o Congresso Nacional tem se negado a aprovar leis para este segmento, no Brasil avanços impostos pelo STF, Supremo Tribunal Federal. A partir da *Teoria Queer* e de estudos como os de Judith Butler, buscamos refletir sobre mercado de trabalho e este grupo, um contexto que oscila entre resistência e gradual aproximação a um discurso e prática empresariais na direção do respeito, da aceitação e da inclusão. É dessa forma que o mercado formal de trabalho e a sociedade brasileira se dividem entre a aceitação e a recorrência de situações que revelam intolerância e dificuldade de absorção dessa mão de obra.

PALAVRAS-CHAVES: Travestis; Ocupação; Trabalho; recrutamento; Empresas.

ABSTRACT

This article seeks to reflect on advances and setbacks involving the formal labor market and the LGBT segment. As this issue follows in the social agenda (politics, family, labor, etc.), this theme is of great relevance, especially when Organizations begin to assume the discourse of respect for difference and more inclusion to historically excluded groups, opening dialogue and access to formal work. Thus, we conducted a brief historical survey of laws in the United States, Europe and Brazil in order to verify the issue of formal occupation of the LGBT community, particularly transgender and transvestites, in view of the performance of political parties based on religious benches in order to block the eventual approval of laws and rights gains of this group, given that the National Congress has refused to approve achievements for this segment, in general, advances imposed by the Supreme Court. Basing on *Queer Theory* and studies such as those by Judith Butler, we seek to reflect on how the labor market has absorbed this group - a context that oscillates between resistance and gradual approach to a business discourse and practice towards inclusion, despite constant backlash. This is how the formal labor market and Brazilian society are divided between acceptance and the occurrence of situations that reveal intolerance and difficulty in absorbing this workforce.

KEY-WORDS: Travestis; Occupation; Job; recruitment; Companies.

RESUMEN

Este artículo busca reflexionar sobre los avances y retrocesos que involucran al mercado laboral

formal y al segmento LGBT. Dado que este tema está muy presente en la agenda de la sociedad y en instancias políticas, familiares, laborales, etc., este tema es de enorme relevancia, especialmente cuando las organizaciones comienzan a asumir el discurso de respeto a la diferencia y mayor inclusión de los grupos históricamente excluidos, abriendo el diálogo y el acceso al trabajo formal. Así, realizamos un breve repaso histórico de las leyes en Estados Unidos, Europa y Brasil, para verificar el tema de la ocupación formal de la comunidad LGBT, en particular de los transexuales y travestis, en vista de las acciones de los partidos políticos que se apoyan en bancos religiosos para impedir la eventual aprobación de leyes y logros de derechos de este grupo, ya que el Congreso Nacional se ha negado a aprobar las leyes para este segmento, en Brasil los avances impuestos por el STF, la Corte Suprema Federal. A partir de la Teoría Queer y estudios como los de Judith Butler, buscamos reflexionar sobre el mercado laboral y este grupo, un contexto que oscila entre la resistencia y la aproximación gradual a un discurso y práctica empresarial en la dirección del respeto, la aceptación y la inclusión. Es así como el mercado laboral formal y la sociedad brasileña se dividen entre la aceptación y recurrencia de situaciones que revelan intolerancia y dificultad para absorber esta fuerza de trabajo.

PALABRAS CLAVE: Travesties; Ocupación; Trabajo; Reclutamiento; Empresas.

INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva lançar reflexões sobre a ocupação formal da comunidade LGBT [lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais] em organizações públicas e privadas brasileiras, a partir de uma revisão histórica acerca da legislação internacional e brasileira sobre essa questão, bem como, sobre iniciativas empresariais de enfrentamento ao preconceito e em prol da inclusão e do respeito à diversidade. Tendo por base teórica a *Teoria Queer* e os estudos de Judith Butler, desejamos pensar sobre como essas organizações têm lidado com os processos de recrutamento, seleção e contratação dessa comunidade, no nosso caso, em especial, transgêneros e travestis.

Essa análise da absorção do mercado de trabalho para LGBTs atende à seguinte Metodologia de Pesquisa: a) Levantamento de leis e normas sobre o tema nos Estados Unidos e Europa, a fim de realizarmos uma análise comparativa entre essas realidades e a brasileira; b) Apresentação de dados e ocorrências que comprovam as barreiras e dificuldades de contratação devido à restrição e preconceito de orientações sexuais diversas da heterossexual. Por fim: c) Breves relatos de ações e iniciativas referentes a políticas de inclusão por parte de algumas organizações no enfrentamento ao preconceito e que



sinalizam respeito e sinais de abertura do mundo corporativo à comunidade LGBT.

A intenção de verificar a legislação e os dados trabalhistas ocorre a fim de buscarmos entender sobre como o mercado de trabalho formal tem lidado com esse segmento. A realidade indica tanto preconceito e resistência quanto o início de aceitação e respeito por parte de muitas organizações, através da adoção de políticas de contratação de LGBTs. Essa divisão de posicionamentos que atravessa esse tema reflete algo bastante recorrente neste momento na sociedade brasileira: A grande pulverização de posições, o que explica recuos e avanços quanto à questão das relações de trabalho e este segmento.

Assim sendo, esta pesquisa busca compreender a situação atual das ocupações no mercado formal de trabalho perante à questão da diversidade num momento em que as organizações começam a assumir o discurso do respeito à diversidade, avessas ao preconceito em seus quadros, e, em alguns casos, realizando ações de discussão e abertura, atentas à pressão social que repudia homofobia e, também, racismo, machismo, gordofobia etc., presentes em alguns ambientes de trabalho e percebidos na indicação de cargos de confiança.

1 DIVERSIDADE E LEGISLAÇÃO NA EUROPA E NOS ESTADOS UNIDOS

Vale a pena iniciarmos essa reflexão citando brevemente a situação desse tema nos Estados Unidos e em alguns países da Europa a fim de lançarmos uma análise comparativa entre esses países e a realidade brasileira.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 defende a ideia da proteção e legitimidade política voltada para homens e mulheres. Contudo, em relação ao gênero, essa abrangência reforça a classificação binária homem/mulher:

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla... a Assembleia Geral proclama a presente



Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações (UNIC, 2009, p. 3).

Em Junho de 2015, uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos estendeu o reconhecimento da legalidade da união civil entre pessoas do mesmo sexo em todos os estados norte-americanos, inclusive, naqueles onde havia restrições, obrigando-os a registrar essas uniões em seus cartórios. Contudo, algumas decisões do Presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, têm provocado revoltas por parte de ativistas da causa LGBT. Em 2017, meses após assumir, ele desfez uma importante conquista para esta causa, que garantia a possibilidade de transgêneros ingressarem nas Forças Armadas. Além disso, ele tem realizado restrições a programas e ações afirmativas de inclusão desse contingente em universidades (MARTÍ, 2018, p.1), recuando em diversas conquistas legitimadas pela gestão anterior, de Barack Obama.

Segundo o Procurador-Geral da República, Jeff Sessions, Donald Trump alega que a proteção no ambiente de trabalho de um indivíduo é garantida pela Lei dos Direitos Civis, de 1964, portanto, trata biologicamente os sexos masculino e feminino, sem distinções. Para Sessions, a questão biológica do sexo restringe tanto o sexo masculino quanto o feminino, sendo que a questão em foco é a criminalização contra transgêneros, algo que deixou de ser assegurado. Após essa decisão, o Departamento de Justiça emitiu parecer informando que a própria Lei dos Direitos Civis não protege o trabalhador em casos de identidade de gênero, o que gerou uma lacuna no entendimento sobre a diferença de gênero nas organizações e a importância de legislações específicas que assegurem o respeito às diferenças.

A Europa segue caminho diferente, ao se abrir para conquistas LGBTs (algo, vale lembrar, duramente conquistado), seja na oferta de contratações e, também, na proteção, reconhecimento e garantias legais à comunidade. Segundo dados da ILGA (*International lesbian, gay, bisexual, trans and intersex association*), países como Alemanha, Bélgica, Canadá, Espanha, Hungria, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suécia, entre outros, já equipararam direitos LGBTs, como adoção, pensão, herança e união estável, aos dos



heterossexuais.

A legislação de Portugal, por exemplo, abrange leis anti-discriminação no contexto da identidade de gênero, sendo um dos países da União Européia que abrange mais legislações e políticas públicas de inclusão que aborda não somente a questão das proteções física e moral, mas, também, direitos básicos, como ter o nome social nos documentos de uso pessoal, o que garante integridade e acesso a serviços públicos e privados sem passar pelo constrangimento de alguém insistir em não reconhecer o nome social.

A médica paraibana Camille Cabral, por exemplo, foi a primeira transexual eleita em Paris, enquanto no Brasil casos de travestis eleitas deputadas e vereadoras (como a dançarina baiana Leo Kret, que deteve mandato legislativo na Câmara de Salvador, entre os anos 2009/2012; Érica Malunguinho e Tammy Miranda, respectivamente, deputada e suplente de vereador em São Paulo) ainda são exceções e costumam chamar atenção pelo ineditismo, uma vez que há forte resistência em enxergá-las/os como profissionais capacitados/as para atuar como gestores/as e atuantes nos mercados corporativo, empresarial e/ou industrial.

2 A QUESTÃO LGBT E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No Brasil, a luta pela conquista de direitos e pela ocupação do mercado formal tem ocorrido nas esferas política e legal (no Direito), expondo bastidores e números que impressionam e expõem uma dura realidade enfrentada por essa comunidade. Segundo dados da ONU, a Organização das Nações Unidas, o Brasil é o país onde mais se matam lésbicas, gays, transgêneros e travestis¹. Os números são alarmantes e exibem execuções

¹ No Brasil, a cada três dias um homossexual é assassinado em virtude de sua orientação sexual e o Observatório de Segurança (2010) estima que o risco de um travesti ou transexual ser assassinada é 259 vezes superior a dos gays e lésbicas, pois além de sua identidade sexual, a grande maioria trabalha no mercado informal ou com prostituição (ABLGT, 2010).



extremadas, asfixia, tortura, mortes por armas brancas, enforcamentos, enfim, toda ordem de assassinatos, configurando os chamados crimes de ódio e que têm sido denunciados por associações como GGB, Grupo Gay da Bahia, por apresentarem baixa resolução por parte da Polícia.

Nos últimos anos, as poucas conquistas obtidas pela comunidade LGBT brasileira têm ocorrido a partir de decisões tomadas pelo STF, Supremo Tribunal Federal, que, diante da omissão do Legislativo, acaba julgando casos individuais e/ou coletivos e impondo a tribunais e instâncias federais e estaduais o cumprimento e a não contestação às suas decisões, a partir da chamada Súmula Vinculante. Este foi o caso da união civil estável, que reconheceu, por unanimidade, em maio de 2011, o direito à união estável homoafetiva, bem como, herança, plano de saúde e previdência, similares à união heterossexual. Contudo, trata-se de processo que deve ser feito mediante pedido de cada casal à Justiça e, depois, obter assento no Registro Civil. Outra conquista relevante ocorreu em Junho de 2019, quando o STF aprovou a criminalização da homofobia, associando-o ao crime de racismo. O relator, seguido pelo voto da maioria, foi o ministro Celso de Mello.

A despeito dessas conquistas, a Bancada Evangélica, aliada a partidos políticos de espectro conservador, têm atuado fortemente no sentido de não avançar essa pauta, ou seja, em barrar a aprovação de leis que dêem direitos aos homossexuais similares aos dos heterossexuais. A chamada bancada BBB², que defende interesses de evangélicos, das armas e do agronegócio, tem se colocado frontalmente contrária a avanços nos costumes. Em geral, são siglas que integram a base de apoio do Presidente da República, Jair Bolsonaro, que têm como sustentação militares e pastores (Marco Feliciano, Silas Malafaia etc.), que apresentam programas em grandes templos veiculados por grupos de comunicação, como Record e outras emissoras de rádio e TV, comandadas por grupos religiosos onde essa temática é silenciada e/ou duramente combatida.

² Codinome adotado pela imprensa brasileira para designar partidos e políticos em torno de interesses comuns, agrupados a fim de defender interesses conservadores: Bancadas armamentista (da bala); ruralista (do boi) e evangélica (da Bíblia).



A despeito da não aprovação pelo Congresso Nacional de leis favoráveis à causa LGBT³, algo defendido por poucos políticos, como o ex-deputado federal Jean Wyllys, e a ex-senadora Marta Suplicy, nos últimos anos leis, normas e portarias de alguns ministérios têm garantido avanços a essa comunidade, como é o caso da Portaria 457, de Agosto de 2008, que garante a cirurgia de redesignificação sexual feita pela rede pública de saúde, o SUS, Serviço Único de Saúde. Em dez anos, o SUS já realizou centenas de intervenções. Além dessa legislação específica, a Portaria 233 também garantiu Nome Social aos Servidores Públicos transexuais e travestis (Ministério do planejamento, orçamento e gestão, em 18 de maio de 2010). Outra conquista foi a Resolução 002/2008, que normatizou a Inclusão do Nome Social de Travestis e transexuais nos Registros Escolares das Escolas da Rede Municipal de Educação de Belo Horizonte; a Portaria 675, de 2006, que tratou de Nome Social para Usuários de Saúde, independentemente do que consta no Registro Civil; a Resolução do CFM, Conselho Federal de Medicina, que trata da Cirurgia de Transgenitalização para Transexuais, de Agosto de 2010, e, por fim, a Instrução Normativa 1.718/2017⁴ que facilitou a mudança de nome, o chamado Nome Social, prática extensiva à prova do ENEM, Exame Nacional do Ensino Médio, e em documentos como CPF, emitido pela Receita Federal.

Além disso, os LGBTs têm tido uma abordagem menos sensacionalista por parte da mídia, quando esta evita associar travestis e transgêneros, por exemplo, não apenas a atividades da noite, prostituição e criminalidade, mas ao realizar uma cobertura voltada para denúncias de situações de homofobia. Nos últimos anos, telenovelas⁵, filmes, peças e livros,

³ Um Projeto de Lei de 2014 apresentado pelo Deputado Federal Salvador Zimbaldi (PDT/SP) defendeu que casais homoafetivos sejam impedidos de aparecer em propagandas voltadas para o público adolescente e infantil. Se aprovado, só poderão aparecer em anúncios e propagandas famílias formadas por homem e mulher.

⁴ Instrução Normativa 1.718/2017 atende ao Decreto 8.727, de 28 de abril de 2016, que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal, autárquica e fundacional.

⁵ A telenovela *A Força do Querer*, de Glória Perez (Globo; Abril/Outubro de 2017) mostrou uma travesti que canta, dança e trabalha e que ainda era motorista de um casal rico. Além dele, a novela abordou o processo de descoberta e as agruras familiares vividas pela jovem transexual Ivana. Sem associá-los à marginalidade, ao escracho ou à bizarrice, a novela mostrou o cotidiano profissional e familiar dessas personagens a partir de situações de enfrentamento ao ódio, ao desprezo e escárnio, expondo as dificuldades dessas pessoas em conseguir emprego no mercado formal de trabalho. Diversas produções têm dado um tratamento mais



entre outros, têm humanizado essas pessoas, distanciando-as da abordagem caricatural. Após uma cobertura onde imperavam o festivo, o bizarro, o estereótipo e o espalhafato, a mídia tem seguido um direcionamento de mais respeito à diferença e à diversidade, embora existam setores bastante resistentes, como nos casos de anúncios publicitários de marcas como Avon e O Boticário em que aparecem casais gays, o que provoca levadas de apoio e, também, campanhas de boicote: “Os discursos veiculados pela mídia acionam poderosos efeitos de verdade, que podem contribuir significativamente para a construção das identidades dos sujeitos” (FELIPE, 2006, p. 13).

Segundo dados que constam do Relatório Anual da ANTRA, Associação Nacional das Travestis, a maior resistência do mercado de trabalho é em relação à contratação de travestis, o Essa realidade trabalhista se deve ao preconceito e também, em parte, à dificuldade de entendimento coletivo sobre alguém que se autodeclara travesti.

Para Joseli Silva, o termo travesti significa a nomeação de pessoas que têm: “Um corpo biologicamente masculino e identidade de gênero feminina. Para atingir o ideal da aparência do gênero adotado e apresentar sua identidade, essas pessoas tomam hormônios femininos, usam silicone e realizam... transformações corporais” (SILVA, 2009, p. 136). É dessa forma que travesti é compreendida de diferentes formas em diferentes contextos. Há um problema semântico que envolve associações do termo “travesti” a transgênero e transexual para nomear pessoas que apresentam dissonância entre corpo biológico e identidade de gênero. A tradução de travesti para o inglês é *transvestite*: “Contudo, o termo em inglês não se coaduna com os sujeitos aqui enfocados, já que ele é utilizado para nomear homens que se vestem ‘eventualmente’ como mulheres” (SILVA, 2009, p. 135). É importante ressaltar que

humanizado às travestis e transexuais. São os casos do documentário *Divinas Divas* (2017), que aborda a primeira geração de travestis brasileiras (Rogéria, Valéria etc.), e de filmes como *Kinky Boots* (2005), que têm abordado o tema centrado nas dificuldades e problemas, como o preconceito nos ambientes familiar e organizacional.



travestis não costumam realizar a Cirurgia de Redesignificação Sexual⁶, ou seja, mudar de gênero.

Enquadrar ou julgar alguém estabelecendo padrões do certo ou errado em relação à sua sexualidade fere a subjetividade, uma vez que existem inúmeros modelos de se exercê-la. Sobre essa questão, para Judith Butler não existe uma identidade de gênero por trás das expressões de gênero, uma vez que identidade trata-se de algo culturalmente constituído, pois:

De fato, ele pode ser considerado um dos instrumentos fundamentais, enfim, necessários para fazer a transição e tornar a vida vivível, proporcionando a base para que uma pessoa se desenvolva como um sujeito corporal. Por outro lado, o instrumento assume vida própria e pode tornar a vida mais difícil para aquelas pessoas que sofrem por serem patologizadas e que perdem certos direitos e liberdades, incluindo a custódia das crianças, o emprego e a moradia, devido ao estigma inerente ao diagnóstico ou, mais precisamente, devido ao estigma que o diagnóstico reforça e promove. Embora fosse melhor que vivêssemos num mundo no qual não houvesse tal estigma – nem tal diagnóstico –, ainda não vivemos num mundo assim. Além disso, a profunda suspeita a respeito da saúde mental das pessoas que transgridem as normas de gênero estrutura a maioria dos discursos e instituições que regulam questões acerca do direito e da possibilidade de ajuda financeira e assistência médica (BUTLER, 2009, p.109).

Para Franco Reinaudo e Laura Bacellar: “Gênero é sinônimo de identidade sexual que a pessoa acredita ter sendo ela masculina ou feminina, sendo essa identidade uma convicção que o indivíduo possui entre ser homem ou mulher” (REINAUDO e BACELLAR, 2008, p. 22); ou seja, gênero não depende da condição biológica de nascimento, mas da autoafirmação do sujeito, seja feminina ou masculina. Assim, é possível que alguém do sexo masculino ou feminino seja transexual sem realizar a cirurgia de reversão sexual, pois se trata de condição pessoal, a qual somente o/a mesmo/a pode e deve decidir. Segundo Márcia Arán e Daniela

⁶ A cirurgia de redesignação sexual, transgenitalização, ou neofaloplastia, popularmente conhecida como cirurgia de mudança de gênero, é feita com o objetivo de adequar as características físicas e dos órgãos genitais da pessoa transgênero, de forma que esta pessoa possa ter o corpo adequado ao que considera adequado para si. Informações retiradas em: <https://www.tuasaude.com/cirurgia-de-transgenitalizacao>.



Murta: “Alguns homens e mulheres transexuais podem desejar a cirurgia de transgenitalização pela exclusiva necessidade de reconhecimento social mais amplo, o que nos faz pensar que a cirurgia não necessariamente seria indicada se vivêssemos num mundo onde a diversidade de gênero seja possível” (ARÁN e MURTA, 2009, p. 21).

Judith Butler vê essa questão como construção de gênero:

O gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado (uma concepção jurídica); tem de designar também o aparato mesmo de produção mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos. Resulta daí que o gênero não está para a cultura como o sexo para a natureza; ele também é o meio discursivo/cultural pelo qual “a natureza sexuada” ou “um sexo natural” é produzido e estabelecido como “pré-discursivo”, anterior à cultura, uma superfície politicamente neutra sobre a qual age a cultura (BUTLER, 2003, p. 25).

Uma vez que os espaços e ambientes de trabalho são reflexos da visão de mundo e de um certo senso comum que permeia as relações humanas, que, em geral, reiteram a ideia em torno da heteronormatividade desde o nascimento de alguém, evidentemente que o mercado de trabalho reflete essa realidade, dividida entre rejeição, episódios recorrentes de crimes de ódio, e eventuais atos de inclusão, respeito e aceitação. No caso das organizações, segundo Luiz Cassiano Mecchi: “Os dilemas organizacionais estão entre admitir ou não um candidato declaradamente LGBT, conceder ou não os mesmos direitos e punir ou ignorar os atos de discriminação” (MECCHI, 2007, p. 22). Ou seja, se, de um lado, há frequentes relatos de organizações com episódios de preconceito, diga-se de passagem, não apenas em relação à orientação sexual, esta pesquisa destaca ações de inclusão e respeito à diversidade.

3 EMPREGO, ORGANIZAÇÕES E DIVERSIDADE NO BRASIL

No mundo corporativo, são frequentes os entraves em torno da contratação de LGBTs, em especial, travestis e transgêneros, o que tem provocado baixa taxa de ocupação no



mercado formal. Tanto o setor público quanto corporações da iniciativa privada ainda oferecem resistência na absorção desses dois segmentos, mesmo que graduados, isso porque são restrições que não se referem à formação, mas ao preconceito, conforme atesta Nádia Lapa: “Ainda que elas queiram arranjar um emprego com rotina, horário de trabalho e carteira assinada, o preconceito fica evidente quando se candidatam a uma vaga” (LAPA, 2013, p. 13).

Uma vez que essas pessoas ainda costumam ser associadas à prostituição e a trabalhos noturnos e artísticos, como canto, dança, atuação, performance e esquetes de humor, ou restritos a salões de beleza (como cabeleireiras, maquiadoras e manicures), as organizações brasileiras costumam seguir esse *olhar*, com frequência, relutando em contratá-las, apesar de, muitas vezes, se tratarem de profissionais graduadas/os, o que fere o principal conceito do processo de seleção de pessoas, segundo o teórico da Administração, Idalberto Chiavenato⁷:

A seleção de pessoas funciona como uma espécie de filtro que permite que apenas algumas pessoas possam ingressar na organização: aquelas que representam características desejadas. Em termos mais amplos, a seleção busca, dentre os vários candidatos recrutados, aqueles que são mais adequados aos cargos existentes na organização, visando manter ou aumentar a eficiência e o desempenho do pessoal, bem como a eficácia da organização (CHIAVENATO, 1999, p. 107).

Talvez por isso, em muitos casos, o campo de trabalho da travesti e da transexual, por exemplo, permaneça restrito a apresentações em casas noturnas ou ao ambiente da rua – algo que ocorre nem sempre devido à falta de estudo formal e/ou graduação, mas visando obtenção de renda, uma vez que 90% (noventa por cento) das travestis brasileiras, por exemplo, segundo dados apresentados da ANTRA, não conseguem ser absorvidas pelo mercado formal. Conforme Fleury e Torres: “Quando um indivíduo é reconhecido como

⁷ Idalberto Chiavenato é um estudioso da área de Administração e Recursos Humanos, sendo um dos autores brasileiros de maior destaque nessa áreas. Seu livro de maior relevância é *Teoria Geral da Administração* (2004). Ref.: <https://www.sunoresearch.com.br/tudo-sobre/idalberto-chiavenato/>>.



pertencente a um grupo minoritário, ele já se encontra em posição de desvantagem em relação aos demais indivíduos da sociedade em questão, pertencentes aos grupos majoritários” (FLEURY e TORRES, 2010, p.59). Dentro do contexto citado se conclui, portanto, que tanto a travesti quanto a transgênero sofrem forte resistência na hora da entrevista e da seleção.

Segundo pesquisas realizadas pelo Plantão Plomo no Brasil, uma em cada cinco empresas se recusa a contratar homossexuais com medo de que a imagem da companhia fique associada àquele funcionário, fazendo com que essas empresas percam seus clientes. Enquanto isso, a mesma pesquisa mostra que 68% das pessoas já presenciaram algum tipo de homo e transfobia no ambiente de trabalho.

É dessa forma que a realidade da comunidade LGBT, particularmente de travestis e transexuais, é permeada pela luta diária de conquista de absorção pelo mercado formal de trabalho, sobretudo, em atividades que as distanciem de casas noturnas, “nichos” que costumam ser associadas e “confinadas”, conforme descrito no site Transempregos:

Existe no Brasil toda uma população com capacidade e apta a contribuir com a sociedade e à geração de riquezas, que é impedida e muitas vezes atirada na marginalidade, unicamente em razão do preconceito. Além disso, grande parte das pessoas transgênero oculta sua condição a fim de evitar violências e discriminações, sendo obrigadas a uma vida de desconforto pela necessidade de ocultação ou negação de suas identidades (TRANSEMPREGOS, 2018, p.1).

Com frequência, matérias que tratam do tema emprego e diversidade destacam as dificuldades de LGBTs, em especial, de travestis e transexuais, no momento da entrevista de emprego e contratação. Elas costumam denunciar situações onde várias enviam currículos, mas as organizações não as convocam quando percebem que se tratam de travestis/transexuais, situação relatada por Mateus França, que enviou noventa currículos em quatro meses. Segundo ele: “Colocava meu nome e também o nome social no currículo. As pessoas olhavam para mim e não entendiam e eu sabia que não iam me contratar. Não é à toa que



distribuí tanto currículo para ser chamado para apenas uma vaga. O mercado de trabalho para pessoas trans é bem preconceituoso” (G1, 2017, p.1).

Outro caso foi do homem trans Miguel Gabriel, que, após ter seu currículo avaliado, foi convocado para uma entrevista, mas, ao chegar no local e o recrutador perceber que se tratava de um homem transexual, não realizou a contratação. Casos como esses refletem a realidade da falta de uma política pública de inclusão LGBT no mercado de trabalho formal, embora a Constituição Federal garanta a proteção contra a discriminação:

É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7o da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Em entrevista dada ao *Jornal Diário do Nordeste*, Luma Andrade, professora da UNILAB, Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira, relatou muitas dificuldades enfrentadas em seu trabalho quando professora do Ensino Médio. Segundo ela, muitas vezes os gestores da escola tentaram criar situações para retirá-la da escola. Contudo, a discriminação sofrida atua hoje como paradigma após ter sido a primeira travesti brasileira a conquistar o título de Doutora, em 2012. A professora ressalta a importância do título quanto à quebra do paradigma de a travesti ser vista apenas como profissional do sexo.

No artigo “LGBT e Mercado de Trabalho: Uma trajetória de preconceitos e discriminações”, Moisés Santos de Menezes, Antônio Carlos de Oliveira e Ana Paula Leite Nascimento afirmam:

Além desse fator, outro muito comum, exigido mesmo que de forma indireta, é analisar se a postura ou comportamento do candidato LGBT à vaga de trabalho se apresenta como ‘inadequada’, ‘destoante’ ou ‘inapropriada’ para a empresa, firmando-se em um modelo heterossexual de ser e agir... As principais dificuldades expostas por LGBT para conseguir um emprego ou firmar-se em uma profissão estão bastantes presentes na vida daquelas pessoas que declaram sua orientação sexual ou identidade de gênero divergentes dos padrões heteronormativos.



Relatam ainda que o sofrimento no âmbito laboral está diretamente associado aos estereótipos construídos socialmente relacionados à imagem de pessoas LGBT. Dessa maneira, existe uma constante rejeição desses sujeitos nos processos de seleção... As consequências negativas tanto em relação à ausência do acesso da população LGBT ao mercado de trabalho quanto pelas diversas situações preconceituosas e discriminatórias vivenciadas por esses sujeitos nesses ambientes provocam situações agravantes: depressão, insônia, sentimento de impotência, rejeição, exclusão, isolamento social, dentre outras (MENEZES, OLIVEIRA, NASCIMENTO, 2013, p. 33).

É nesse sentido que Thina Rodrigues, Coordenadora da Seção de Diversidade Sexual da Prefeitura de Fortaleza afirma: “Quando se trata de travesti ou transgênero você precisa de apadrinhamento para ingressar no mercado de trabalho. Sem uma pessoa influente dificilmente você consegue uma colocação” (DIÁRIO DO NORDESTE, 2015, p.1). E pontua: “É por isso que muitos optam por levar uma vida dupla. Movidos pela ignorância, grande parte da população brasileira acredita que LGBTs fazem algo errado, então é difícil, mas não impossível, que o enfrentamento do preconceito e a quebra de barreiras ocorram através das organizações” (DIÁRIO DO NORDESTE, 2015, p.1).

Segundo Puente-Palacios, Seidl e Silva: “A diversidade deve ser percebida tanto na condição de diferencial competitivo, como também enquanto oportunidade de convivência interpessoal. A cada dia estamos mais inseridos em um cenário onde pessoas diferentes se encontram, logo aproveitar as vantagens dessa diversidade é uma necessidade” (PUENTE-PALACIOS, SEIDL e SILVA, 2008, p. 87).

4 INICIATIVAS ORGANIZACIONAIS DE INCLUSÃO E RESPEITO À DIVERSIDADE

Contudo, apesar de se depararem com situações rotineiras de violência, de resistência e intolerância, o que dificulta bastante a empregabilidade de LGBTs, além de levá-los para a informalidade, nos últimos anos começaram a despontar iniciativas organizacionais que ensejam nova perspectiva quanto à política de recrutamento e de seleção por parte de



alguns órgãos e organizações, isso porque a orientação sexual diversa ainda motiva casos de não contratação, de demissão e embaraço nas promoções.

Com a finalidade de alocar/intermediar vagas de empregos para profissionais trans e travestis, a ativista transexual Daniela Andrade criou, em 2013, em parceria com a empresa norte-americana ThoughtWorks, o projeto Transempregos, site voltado para o cadastro de currículos e onde pode ocorrer um processo de mediação entre o cidadão transexual ou travesti e as empresas contratantes. Não se trata de intermediação dessa força de trabalho, pois ela apenas recebe currículos via *e-mail* e repassa as vagas disponíveis ao profissional que busca recolocação no mercado de trabalho, seja emprego com carteira assinada ou estágios. Além do banco de currículos para possíveis vagas, o site dispõe de informes para palestras corporativas sobre diversidade em geral.

Também nesse sentido e atuando a fim de promover políticas de inserção dessas/es profissionais no mercado de trabalho, em 2015 a Prefeitura de São Paulo criou o projeto Transcidadania, incentivo financeiro mensal a travestis e trans que concluíram o ensino médio, a fim de terem acesso a cursos de qualificação profissional por até dois anos, com acompanhamento de psicólogos e advogados.

Em 2016, a Faculdade Baiana de Direito tornou público o processo seletivo exclusivo de recrutamento voltado para pessoas transgêneros a fim de integrarem o quadro de colaboradores fixos ⁸dessa instituição (GAUTHIER, 2017). Contudo, episódios ainda revelam

⁸ A matéria intitulada *Banco do Brasil terá de indenizar mãe de ex-funcionária trans que se matou*, publicada pelo jornal *Folha de S. Paulo*, em 2 de dezembro de 2019, contou o relato da jovem Rebeca, transexual colaboradora do banco no interior paulista e que se submeteu à cirurgia de redesignificação: 'A juíza Ana Paula Alvarenga Martins, em sentença assinada no fim de setembro, condenou o Banco do Brasil a pagar R\$ 120 mil de indenização por danos morais à mãe... Rebeca dispensou o aviso prévio na demissão. A carta em que pediu o desligamento apontava um despreparo da instituição para lidar com 'a questão da identidade de gênero' e aconselhava 'que haja estudo por parte da administração e diretoria do banco para evitar problemas futuros com outros /as funcionários'. O caso é abordado na peça de acusação: 'A trabalhadora, assim que chegou ao local de trabalho, foi chamada à sala da gerência, onde foi informada... que estava proibida de cumprimentar com beijo no rosto os colegas... A trabalhadora ainda tentou argumentar com o gerente, que reagiu grosseiramente e, em tom áspero, gritou: 'Eu sou a gerência!'. De outra gerente, segundo os advogados de sua mãe, ouviu: 'Não importa o que faça, você sempre será um homem, nunca será uma mulher de verdade' (FOLHA, 2019, p. 22).



como algumas pessoas reagem sobre a abertura a essa questão. Em janeiro de 2014, um abaixo-assinado de funcionários reivindicaram que uma travesti, funcionária de uma lanchonete, deixasse de usar o banheiro feminino de um shopping em Salvador. Apesar da pressão, o Shopping Barra se recusou em atender o pedido. Eis a resposta da Organização:

Embora reconheça que muitos temas ainda sejam objeto de amadurecimento nas necessárias discussões da sociedade civil, não pretendemos adotar qualquer postura que venha a negar vigência a tal preceito geral de tutela da personalidade e, por consequência, ao próprio princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (G1, 2017, p.1).

Por esse período, a Prefeitura de Salvador lançou a Secretaria da Reparação⁹, iniciativa que fixou normas e ações de afirmação e de vigilância ao cumprimento da lei, além de premiar organizações que têm apoiado uma maior inclusão de LGBTs.

Desde dezembro de 2017, a IBM oferece um plano de medicamentos que inclui tratamento com hormônios para pessoas que passam por cirurgias de sexo. O desconto ao Colaborador chega a 75%. Além disso, casais homossexuais que adotam uma criança têm direito à licença maternidade de quatro meses, com extensão de sessenta dias: "Acreditamos que a pessoa é produtiva no trabalho apenas quando consegue ser 100% ela mesma. Por isso, damos todo o incentivo necessário para que a pessoa saia do armário", afirma Adriana da Costa Ferreira, líder de Diversidade e Inclusão da IBM para a América Latina.

Em Outubro de 2018, trinta e duas Empresas e organizações não governamentais se uniram e assinaram a *Carta de Apoio à Diversidade, ao Respeito e à Inclusão de Pessoas LGBT+ nos Locais de Trabalho no Brasil*. A ideia é reforçar o respeito à diversidade com o desenvolvimento de políticas que estabeleçam metas pelo fim do preconceito. Essa carta seguiu modelo similar criado pelo Instituto Ethos, que lançou, em 2013, *O Compromisso das Empresas com os Direitos Humanos LGBT*, documento que incentivava a promoção e o

⁹ A Secretaria da Reparação é a instância da Prefeitura de Salvador responsável por articular, junto às instituições governamentais e não governamentais, políticas públicas de promoção racial, inclusão social e



respeito à causa. O banco Citi, Dow, Uber e LinkedIn, entre outros signatários dessa ação, firmaram acordo para promover ações de conscientização entre seus Colaboradores, visando oferecer mais acesso a públicos que sofrem discriminação, como pessoas trans. Há, ainda, cursos para liderança e extensão de benefícios aos cônjuges do mesmo sexo.

Da mesma forma, a rede de Supermercados Carrefour lançou uma Cartilha da Diversidade, que pode ser acessada no endereço eletrônico: <https://www.carrefour.com.br/institucional/sustentabilidade/social/valorizamos-a-diversidade>.

A LinkedIn, por exemplo, discute em reuniões semanais sobre como promover o respeito entre LGBTs, negros e PCDs (Pessoas com Deficiência) no ambiente de trabalho. Após o debate, as conclusões são enviadas aos Colaboradores. No caso do Citi, quando um colaborador é contratado precisa assinar um Termo de Conduta em que se compromete, entre outras coisas, a não ter preconceito com os demais colegas. "O respeito é uma construção de longo prazo. Como a gente fala muito sobre diversidade na empresa, nosso colaborador está habituado com isso no dia a dia", afirma Felipe Cotta, Superintendente de Recursos Humanos do banco. Com cerca de dois mil funcionários no país, o banco estima que 3% dos seus colaboradores sejam gays. O banco Citi apoia a Parada do Orgulho Gay de São Paulo, além de manter um canal interno de reclamações para pessoas vítimas de discriminação.

Desde então, a Uber Brasil apoia eventos em torno da diversidade em diversas capitais brasileiras, além de recentemente desenvolver um Programa de inclusão que concede descontos a motoristas trans que queiram dirigir na plataforma. Por fim, a Organização Kaizen Talentos Humanos possui um projeto para a inclusão e recolocação desses profissionais no mercado de trabalho junto a algumas empresas parceiras. O projeto tem o

valorização da diversidade. Em março de 2016, a Prefeitura de Salvador lançou o Centro Municipal de Referência LGBT, a fim de atuar em conjunto com o Observatório da Discriminação Racial e LGBT.



ideal de formar e engajar organizações a incorporarem o discurso da diversidade em seus ambientes de trabalho, passando a fazer parte do combate à discriminação.

E, seguindo o alcance de ações afirmativas para além das raciais (deflagrada há alguns anos em todos os estados brasileiros), a UNEB, Universidade do Estado da Bahia, aprovou, em Julho de 2018, um sistema de percentual de vagas para travestis, transexuais, indígenas, quilombolas, ciganos, PCDs e pessoas com transtorno do espectro autista.

Eis, portanto, iniciativas que reorientam o Brasil para um país mais inclusivo, menos intolerante e que respeita a diversidade de uma nação com mais de 200 milhões de pessoas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se o Legislativo brasileiro falha por não legislar e se o Estado não tem oferecido uma política de proteção condizente a um contingente tão numeroso quanto vulnerável, por outro lado, leis, normas e portarias impostas pelo Supremo Tribunal Federal e iniciativas que começam a ser desenvolvidas por algumas organizações indicam um caminho lento e gradual de mais respeito e aceitação de pessoas historicamente excluídas, inclusive pelas suas famílias, como são os casos da maioria dos LGBTs brasileiros. É dessa forma que, se o mundo corporativo ainda reflete uma realidade repleta de episódios de preconceito, por outro lado, também começa a desenvolver ações de educação e espaços de capacitação técnica, profissional e de empreendedorismo voltados à geração de renda e à inserção desse grupo no mercado de trabalho formal. O raciocínio é que organizações que não realizam políticas internas de respeito a LGBTs com frequência verificam aumento na violência e disseminação do preconceito generalizado em seus ambientes de trabalho.

Assim, órgãos públicos, ONGs e organizações as mais diversas têm impulsionado políticas inclusivas não apenas de orientação sexual, mas, também, voltadas para pessoas de baixa renda, negras, mulheres, PCDs etc. São ações que despontam em todas as regiões do Brasil e que tentam enfrentar o preconceito através da criação de oportunidades de trabalho



e da promoção de cursos, treinamentos e discussões em diversas áreas do mercado.

Este artigo lançou reflexões a partir da revisão de leis internacionais e nacionais e sobre como a comunidade LGBT tem lutado para conquistar mais espaço no mercado de trabalho formal. Como vimos, a impressão é que, embora ainda exista forte resistência nos processos de recrutamento e contratação em seleções de estágios e empregos, reflexo da sociedade contemporânea brasileira, também começa a vigorar nas organizações uma nova consciência, percebida em práticas baseadas na educação, na aceitação e no respeito às escolhas das pessoas e suas respectivas formações profissionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARÁN, Márcia e MURTA, Daniela. **Do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero às redescrições da experiência da transexualidade: uma reflexão sobre gênero, tecnologia e saúde.** *Physis* [online]. 2009, vol.19, n.1, pp. 15-41. ISSN 0103-7331.

BASÍLIO, Patrícia. **Empresas dizem 'sim' à contratação de funcionários LGBTs no Brasil.** São Paulo, *Revista Época*, 2 de Outubro de 2018.

BATISTA, Everton Lopes; BARBON, Júlia. **Pequenas empresas se abrem para receber funcionários transexuais.** Disponível: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/08/1911077-pequenas-empresas-se-abrem-para-receber-funcionarios-transexuais.shtml>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BUTLER, Judith. **Desdiagnosticando o gênero.** *Physis* [online]. 2009, vol.19, n.1, pp. 95-126.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CHIAVENATO, Idalberto. **Gestão de pessoas – O Novo Papel dos Recursos Humanos nas Organizações.** Rio de Janeiro: Campus, 1999.

CHIAVENATO, Idalberto. **Teoria Geral de Administração.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.



DIÁRIO DO NORDESTE. **Homofobia: Discriminação profissional.** Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/especiais/homofobia-preconceito-no-trabalho-1.1280951>>. Acesso em 10 jan. 2018.

FELIPE, Jane. Representações de gênero, sexualidade e corpo na mídia. **Revista Tecnologia e Sociedade**, Curitiba, v. 1, p. 41-54. 2006.

FOLHA DE S. PAULO. *Banco do Brasil terá de indenizar mãe de ex-funcionária trans que se matou.* São Paulo: 2019, p. 22.

FLEURY, A. R. D. e TORRES, A. R. R. **Homossexualidade e Preconceito: o que pensam os futuros gestores de pessoas.** Curitiba: Juruá, 2010.

G1. **Funcionários pedem que travesti não use banheiro feminino em shopping.** Disponível: <<http://g1.globo.com/bahia/noticia/2014/01/funcionarios-pedem-que-travesti-nao-use-banheiro-feminino-em-shopping.html>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

G1. **Transexuais enfrentam barreiras para conseguir aceitação no mercado de trabalho.** Disponível: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/transexuais-enfrentam-barreiras-para-conseguir-aceitacao-no-mercado-de-trabalho.ghtml>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

GAUTHIER, Jorge. **Faculdade Baiana de Direito abre seleção para contratar pessoas trans.** Disponível: <<http://blogs.correio24horas.com.br/mesalte/faculdade-baiana-de-direito-abre-selecao-para-contratar-pessoas-trans/>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

INSTITUTO ETHOS. **O Instituto.** Disponível: <https://www3.ethos.org.br/conteudo/sobre-o-instituto/#.Wl_veLynHIU>. Acesso em: 21 dez. 2017.

LAPA, Nádia. **O preconceito contra transexuais no mercado de trabalho.** In: *Carta Capital*. 2013. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/blogs/feminismo-para-que/o-preconceito-contra-transexuais-no-mercado-de-trabalho-2970>.

LOURO, Guacira Lopes. **Currículo, Gênero e Sexualidade.** Porto: Porto Editora, 2000.

LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho, ensaios sobre sexualidade e teoria queer.** Belo Horizonte: Autêntica. 2004.

MARTÍ, Silas. **Trump tira de transgêneros proteção contra discriminação no trabalho.** Disponível: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/10/1924843-trump-tira-de-transgeneros-protecao-contra-discriminacao-no-trabalho.shtml>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

MASLOW, Abraham. **Introdução á psicologia e ser.** Rio de Janeiro: Eldorado, 1999.



MECCHI, Cassiano Luiz. **Diversidade sexual e políticas de gestão de pessoas**: um estudo exploratório em três empresas de grande porte. In: Natal: EnGPR, 2007.

MENEZES, Moisés Santos de; OLIVEIRA, Antonio Carlos de; NASCIMENTO, Ana Paula Leite. **LGBT E MERCADO DE TRABALHO: UMA TRAJETÓRIA DE PRECONCEITOS E DISCRIMINAÇÕES**. Conquer – Conferência Internacional de Estudos Queer. Rio de Janeiro: Abril de 2013.

MISKOLCI, Richard. **A Teoria Queer e a Sociologia**: O desafio de uma analítica de normalização. Sociologias, Porto Alegre, ano 11, n. 21, jan/jun., p. 150 -182, 2009.

MOTT, Luiz. **Homoafetividade e direitos humanos**. *Estudos feministas*, Florianópolis, v.14, n.2, 2006.

NETO, Alcino Leite. **Transexual brasileira vira estrela política**. Disponível: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2212200216.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

OLIVON, Beatriz. **Os melhores países para os gays**. Disponível: <<https://exame.abril.com.br/mundo/os-melhores-paises-para-os-gays/>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

ONUBR. **Violência contra pessoas trans é ‘extremamente alta’ nas Américas, apontam ONU e parceiros**. Disponível: <<https://exame.abril.com.br/mundo/os-melhores-paises-para-os-gays/>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

PUNTE-PALACIOS, SEIDL, Juliana e SILVA, Rafael Almeida Dutra. **Ser ou parecer diferente: o papel da diversidade na satisfação de equipes de trabalho**. Florianópolis: *Revista Psicologia, Organizações e Trabalho*. Agosto de 2008, p. 87.

PORTAL VERMELHO. **LGBT no Congresso alerta contra o ódio e o preconceito**. Disponível: <<http://www.vermelho.org.br/noticia/278221-8>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

REINAUDO, Franco e BACELLAR, Laura. **O mercado GLS: Como obter sucesso com o segmento de maior potencial da atualidade**. São Paulo: Ideia & Ação, 2008.

SILVA, Joseli Maria (Org.). **Geografias Subversivas: discursos sobre espaço, gênero e sexualidade**. Ponta Grossa: Todapalavra, 2009.

TRANSEMPREGOS. Visão. Disponível: <<http://www.transempregos.com.br/sobre.php>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

UNIC. **O que são os direitos humanos?** Disponível em: <http://unicrio.org.br/>. Acesso em: 12 nov. 2017.





Received: 15.10.2018
 Accepted: 11.06.2019

<https://doi.org/10.33239/rdh.v2i2.14>

1 Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Líder do grupo de pesquisa (CNPQ/2010) "A transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho" FDRP/USP. Membro do grupo de pesquisa RETRABALHO, Rede de grupos de pesquisas em Direito e Processo do Trabalho (CNPQ).

<https://orcid.org/0000-0002-8908-5789>

2 Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP) da Universidade de São Paulo (USP). Integrante do Programa de Ensino Tutorial (PET) - MEC. Pesquisadora em nível de Iniciação Científica, com financiamento pela Universidade de São Paulo (USP).

<https://orcid.org/0000-0002-8525-1866>

3 Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP) da Universidade de São Paulo (USP). Pesquisadora em nível de Iniciação Científica, com financiamento pela Universidade de São Paulo (USP).

<https://orcid.org/0000-0002-2333-8886>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

(In)Admissibilidade de prova ilícita no Direito Processual do Trabalho: análise à luz da Constituição Federal

(In) Admissibility of unlawful evidence in Procedural Labor Law: analysis in the light of the Federal Constitution

(In) Admisibilidad de la prueba ilegal en Derecho Procesal Laboral: análisis a la luz de la Constitución Federal

Jair Aparecido Cardoso¹
Jackeline Stefane Karoline Nogueira Coêlho²
Anália Lourensato Damasceno³

RESUMO

As provas têm papel importantíssimo para garantir o devido processo legal e, nesse tema, se destaca a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, de acordo com o que preceitua a Constituição Federal, no inciso LVI do artigo 5º, o que será objeto de estudo deste artigo, tendo como foco o direito processual do trabalho. Para tanto, é necessário compreender a natureza jurídica de tal dispositivo, passando pelas definições dos termos afetos à matéria da prova, apontando as diferenças entre provas ilegais, ilícitas e ilegítimas. A partir disso, o artigo aponta três teorias sobre a admissibilidade da prova ilícita e analisa o tema no direito processual do trabalho. Identifica-se a falta de disposição na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT a respeito das provas ilícitas e, assim, por força do disposto no seu artigo 769, conclui-se que deve ser aplicado o direito processual civil. No entanto, questiona-se o fundamento pelo qual a fonte subsidiária seria o processo civil e não o processo penal quando a discussão é a prova ilícita, tendo em vista a fragilidade do trabalhador. Valeu-se, por conseguinte, de um método indutivo a fim de verificar na prática justabalhista a utilização de documentos furtivamente obtidos como prova. Ao cabo de toda a exposição, espera-se obter um artigo que servirá de base para o fomento de outras discussões da prova ilícita no processo do trabalho, bem como conferir ao tema a relevância que merece, exaltando a necessidade de respeitar o devido processo legal na Justiça do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Prova ilícita. Processo do trabalho. Documentos furtivamente obtidos.

ABSTRACT

Evidence plays a very important role in ensuring the due process of law and, in this subject, stands out the inadmissibility of proofs obtained by illicit means, according to the Federal Constitution, in subsection LVI from the 5th article, that will be object of study in this paper, focusing on procedural law of labor. Therefore, by a deductive method and doctrinal analysis, we seek to realize the legal nature of that provision, exposing the definition of terms related to proofs, pointing out differences between illegal, illicit and illegitimate evidences. From that, the paper points out three theories about admissibility of illicit evidence and analysis the theme in procedural law of labor. We recognize the lack of stipulation in CLT about illicit evidence and, thus, because of 769th article, we concluded that should be applied the civil procedural law. However, we wonder why subsidiary sources of law would be in civil procedural law instead of criminal procedural law when we discuss illicit evidence, having in mind the worker's fragility. Then, we draw on an inductive method in order to check the jurisprudence on the use like evidence of documents obtained furtively. At the end of this explanation, we hope to obtain a paper that will serve as a basis for the promotion of further discussions of illicit evidence in procedural law of labor, as well as to give relevance to this subject that deserves to be studied, noticing the need of respect the due process of law in Labor Justice.

KEYWORDS: Illicit evidence. Procedural law of labor. Documents obtained furtively

RESUMEN

La prueva juega un papel muy importante para garantizar el debido proceso legal y, en este asunto, la inadmisibilidad de la evidencia obtenida por medios ilícitos se enfatiza, de acuerdo con las disposiciones de la Constitución Federal, en el artículo LVI del artículo 5, que será objeto

de estudio. Este artículo se centra en la legislación laboral procesal. Para este fin, es necesario comprender la naturaleza legal de tal disposición, pasando por las definiciones de términos relacionados con la evidencia, señalando las diferencias entre evidencia ilegal, ilícita e ilegítima. A partir de esto, el artículo señala tres teorías sobre la admisibilidad de pruebas ilícitas y analiza el tema en la legislación laboral procesal. Identifica la falta de disposición en la Consolidación de las leyes laborales - CLT con respecto a la evidencia ilícita y, por lo tanto, en virtud de las disposiciones del Artículo 769, se concluye que se debe aplicar el derecho procesal civil. Sin embargo, se cuestiona el razonamiento por el cual la fuente subsidiaria sería el proceso civil y no el proceso penal cuando la discusión es la prueba ilícita, considerando la fragilidad del trabajador. Por lo tanto, se basó en un método inductivo para verificar en la práctica laboral el uso de documentos obtenidos furtivamente como evidencia. Al final de la presentación, se espera obtener un artículo que sirva como base para una mayor discusión sobre la prueba ilícita en el proceso laboral, así como para darle al tema la relevancia que merece, enfatizando la necesidad de respetar el debido proceso. en la corte laboral.

PALABRAS CLAVE: prueba ilícita. Proceso de trabajo. Documentos obtenidos sigilosamente.

INTRODUÇÃO

A disciplina da prova constitui o ponto primordial do sistema processual, na medida em que reflete a orientação que presidiu as escolhas do legislador e o dilema da busca da verdade e proteção dos interesses do indivíduo e da coletividade.

Não é de hoje que se sabe que a atividade probatória judicial está fortemente entrelaçada com os fatores sociais, políticos e culturais, e seu objetivo não é somente o de buscar a verdade, mas também colaborar para a decisão. Não tardando, essa atividade deve estar pautada em lógicas, éticas, regras jurídicas e psicológicas, cuja inobservância fragmentaria o julgamento e a sociedade no seio da qual ele é realizado.

Sendo tão importante a produção de prova para o processo brasileiro, também se faz necessário discutir sobre sua natureza e espécies. Não diferente, o presente artigo abordará a temática da (in)admissibilidade de prova (i)lícita no direito processual do trabalho, a partir da análise do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal.

Um das questões levantadas no trabalho trata da ocorrência de colisões entre direitos fundamentais e outros bens dignos de proteção provenientes desse tipo de prova.

Uma parte da doutrina justifica a sua não utilização em contraponto à exigência de uma conduta processual correta dos litigantes, impondo aos mesmos a conformidade com as regras morais e de direito. O tema é ainda controvertido já que de um lado os autores



defendem que não se pode tirar proveito de uma conduta antijurídica, e de outro o interesse de assegurar ao processo o resultado justo, não descartando esse tipo de prova.

Apesar do exposto, manifesta-se o entendimento da necessidade de se avaliar caso por caso, a fim de admitir, ou não, uma prova ilícita no processo com o intuito de formar o convencimento do juiz do trabalho, em decorrência das mais diversas peculiaridades que envolvem esse tema.

1 A DISCIPLINA DA PROVA ILÍCITA NO BRASIL: ANÁLISE DO ARTIGO 5º, INCISO LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, garante a todos os brasileiros o direito de ação, com o fito de obter judicialmente forma de composição de conflitos. Destarte, desta garantia fundamental emana o direito à prova, que no processo busca dar suporte para a solução do litígio.

Apesar de ser um direito e estar presente no Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e no Capítulo “Dos Direitos Individuais e Coletivos”, a própria Carta Magna estabelece limites ao direito à produção de provas. Esse limite está presente no artigo 5º, inciso LVI, o qual disciplina que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988).

É necessário, *a priori*, ressaltar que a Legislação Trabalhista não trouxe, em sua redação, a matéria da (in)admissibilidade da prova ilícita no processo trabalhista. Desta forma, nos termos do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título” (BRASIL, 1943).

Sobre a inadmissibilidade da prova ilícita no processo, essa discussão não encontra uniformidade na doutrina. A principal contenda faz referência sobre a possibilidade, ou não, de se admitir exceções quanto à utilização de determinadas provas ilícitas nos meios processuais. Em determinados casos, o embate ganha ainda mais força quando em alguns casos a inadmissibilidade vier a ofender princípios juridicamente relevantes, como o da



dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e de demais direitos fundamentais sociais de natureza trabalhista.

Nesse aspecto, é necessário destrinchar o próprio artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal a fim de compreender sua natureza, revelando o entendimento e compreensão dos termos “provas obtidas por meios ilícitos” e “inadmissível”, para posteriormente iniciar as discussões em torno da sua mitigação.

1.1 Natureza Jurídica do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal

Feitas as considerações iniciais sobre o tema, passa-se a analisar a natureza jurídica do artigo constitucional em debate.

A questão primordial relacionada à natureza do artigo 5º, inciso LVI da Carta Magna se interliga ao problema da ocorrência de colisões entre direitos fundamentais e outros bens dignos de proteção. É necessário, assim, compreender se a disposição trata-se de regra ou de princípio e se é possível admitir exceções da premissa da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos.

Retomando a norma em análise, o dispositivo constitucional traz em seu conteúdo uma norma coercitiva, de caráter proibitivo, impondo uma abstenção, uma obrigação de “não-fazer” aos sujeitos do processo, como bem elenca José Afonso da Silva (2008). Dessa maneira, evidencia a norma em questão tratar-se de uma “regra” e não de um princípio.

Essa definição condiz na assertiva de que as provas serão consideradas lícitas e serão plenamente admitidas no processo, ou, por outro lado serão consideradas ilícitas e não poderão ingressar nos autos. Assim, essa norma ou é aplicada ou não é, representando comandos objetivos no que se convencionou na clara adoção do “tudo ou nada”. Este é o entendimento de Humberto Ávila (2010), o qual pronuncia que a proibição de prova ilícita não pode ser considerada um princípio.

O Constituinte ao prever que a norma que veda a admissibilidade de prova ilícitas no processo valendo-se de uma regra a fez para torna-la mais dificultosa, isto é:



[...] as razões geradas pelas regras, no confronto com razões contrárias, exigem um ônus maior para serem superadas; [...] as razões geradas pelos princípios, no confronto com razões contrárias, exigem um ônus argumentativo menor para serem superadas (ÁVILA, 2010).

O legislador visava conferir uma maior rigidez formal e material para essa norma, em conformidade com uma realidade próxima em que se observava a utilização de tortura, prisões ilegais e demais métodos espúrios de colheita de prova, durante os anos de ditadura militar (SARLET, 2007).

Não havendo dúvidas quanto à natureza jurídica da norma estudada, a principal indagação que se faz refere-se aos casos em que ocorrem conflitos entre a “norma-regra” do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal e outros princípios fundamentais presentes na própria Carta Magna Pátria. Essa discussão, inicialmente, não encontra unanimidade na doutrina e será agora exposta.

Preliminarmente, Virgílio Afonso da Silva (2010) exprime que, quando entram em colisão dois princípios opostos e igualmente válidos no ordenamento jurídico, para saber qual dos dois deve-se aplicar, é necessário os balancear e identificar, no caso concreto, qual princípio possui o maior peso. Este balanceamento seria feito através da proporcionalidade.

Diferentemente dos princípios, as regras seriam aplicadas mediante subsunção, já que são normas que podem sempre ser cumpridas ou não. Ou seja, quando uma regra vale, obrigatoriamente há de se conduzir conforme ela determina:

Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Assim, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, as regras serão razões definitivas (ALEXY, 2008).

Desta forma, ocorrendo conflito aparente entre duas regras, uma seria aplicável ao caso concreto, sendo a outra desconsiderada. Já os princípios, em casos envolvendo colisões, seriam aplicados na maior medida possível.

Humberto Ávila critica o modelo proposto por Alexy, definindo princípios e regras da seguinte forma:



As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2010).

Para o autor, as regras seriam normas imediatamente descritivas, estabelecendo obrigações, permissões e proibições. Os princípios, contrariamente, seriam normas imediatamente finalísticas, estabelecendo um estado das coisas para cuja realização é necessária a adoção de um dado comportamento. De todo modo, a ponderação de valores não seria aplicável somente aos princípios, mas também é um método cabível em qualquer aplicação de normas, na medida em que qualquer norma possui caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas das mais relevantes pelo aplicador do caso concreto.

Com tal característica, em que pese tratar-se o artigo 5º, LVI da Constituição Federal de uma regra jurídica, poder-se-á aplicar a proporcionalidade e a ponderação de bens em casos concretos em que se verifique o choque de valores constitucionais com vedação das provas ilícitas.

Isso poderá se dar em razão das especificidades do caso em questão e que, como ressalta Robert Alexy, a regra sempre estará embasada em um princípio que poderá ser sopesado no caso concreto, ou nos limites definidos acima por Humberto Ávila.

Em conformidade com todo o exposto neste tópico, e levando em consideração a cognição de Humberto Ávila (2010), apesar de ser corrente a ideia de que a proporcionalidade só seria aplicável no caso de colisão de princípios, se no caso concreto ficar evidente que a aplicação da regra acabaria por ferir a sua própria razão de existir, esta não deverá ser aplicada. Nessa situação, é evidente a necessidade de se fazer a ponderação de direitos fundamentais em choque mesmo em face de uma regra constitucional, desde



que verificada a imprescindibilidade de assim atuar com vistas a prestigiar a norma. Isso comumente ocorre em casos de adoção da “prova ilícita *pro réu*”, por exemplo.

1.2 Compreensão dos termos “prova” e “inadmissibilidade”

Partindo para a definição dos termos “prova” e “inadmissibilidade”, será exposto, inicialmente, a terminologia de “prova” adotada pela doutrina brasileira.

A princípio, para Eugênio Florian (1968) provar significa fornecer aos autos do processo conhecimento de qualquer fato, de maneira que se adquira para si ou se engendre em outros a convicção da existência ou da verdade do fato objeto da prova. Nicola Framarino dei Malatesta (2009), destarte, entende como prova a relação particular existente entre verdade e convicção.

Gomes Filho, entretanto, aflige-se com a falta de homogeneidade da definição terminológica da palavra e propõe outra classificação: a distinção entre “resultado de prova” e “elementos de prova”. Para o autor, os “resultados de prova” seriam as conclusões extraídas pelos julgadores a partir de elementos de prova existentes no caso de um fato probando. Assim, trataria de um processo mental e lógico realizado pelos Magistrados ao analisarem os elementos de prova existentes no caso em apreço, decidindo se as afirmações feitas em juízo seriam verdadeiras ou não, bem como decidir sua causa. Já os “elementos de prova” seriam:

Os dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa, por exemplo, a declaração de uma testemunha sobre determinado fato, a opinião de um perito sobre a matéria de sua especialidade, o conteúdo de um documento etc. (GOMES FILHO, 1995)

Para o mesmo autor, ainda existiria as seguintes conceituações: fonte de prova e meio de prova. As fontes de provas seriam as pessoas ou as coisas que se pudesse extrair o elemento prova. Como exemplo teríamos as testemunhas, as vítimas, os documentos, dentre outras. Os meios de prova concerniriam os instrumentos ou atividades das quais os



elementos de provas são introduzidos ou fixados no processo. Sobre a classificação, Gomes Filho (1995) discorre:

Na prática, essa diversidade terminológica também serve para identificar as possíveis repercussões das irregularidades verificadas em relação aos meios de prova e aos meios de investigação. No primeiro caso, a consequência do vício será a nulidade dos elementos de prova produzidos, enquanto no segundo tratar-se-á de prova inadmissível no processo, diante da violação de regras relacionadas à sua obtenção (art. 5º, LVI, da CF).

Já sobre a questão da inadmissibilidade da prova, acolhida pelo legislador, Ada Pellegrini Grinover (2007) expõe que o artigo em questão, difere das regras relativas à nulidade processual no sentido de que veda a própria introdução das provas consideradas ilícitas no processo, constituindo um não-ato, e aproximando-se da inexistência jurídica.

A razão da proibição prevista no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal condiz na insuficiência de sancionar a prova ilícita apenas no plano material. Igualmente, para maior proteção dos direitos, seria preciso negar eficácia a tais provas no processo. Essa constatação, embora simples, é necessária para a compreensão das provas ilícitas.

Ademais, ainda restam dúvidas se o artigo em questão, ao se referir à palavra “provas” coíbe os elementos de prova ou fontes de prova:

A expressão revela, por sinal, outra característica fundamental da atividade probatória, a de que o convencimento judicial resulta (ou deve resultar) de uma pluralidade de informações (provas), a partir das quais são realizados procedimentos inferenciais que se chegue a uma conclusão sobre os fatos. É com atenção a isso que se fala em prova inadmissível e prova impertinente ou irrelevante, para indicar os dados que, em virtude de proibição legal ou por motivos lógicos, não podem ou não devem ser levados em consideração pelo juiz. Na verdade, como sublinha Taruffo, essas expressões contêm uma contradição porque tais elementos não constituem verdadeiras provas. Assim, na leitura do art. 5º, LVI, da Constituição Federal brasileira, devem entender-se inadmissíveis os elementos de prova resultantes de atos de obtenção praticados com violação de direitos. (GOMES FILHO, 1995)

Oposto a esse entendimento, posiciona-se Grinover (2007):



[...] por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, então, a fonte de prova colhida, infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, que visam à proteção das liberdades públicas e, especialmente, dos direitos de personalidade, incluindo o direito à intimidade.

Apesar das duas assertivas se oporem ao entendimento do termo “prova”, poder-se-ia reconhecer que tanto os elementos de prova quanto as fontes de prova poderiam ser empregadas no inciso LVI do artigo 5º, ou, em outras palavras, o referido dispositivo torna inadmissíveis elementos de prova e fontes de prova.

1.3 Distinção entre provas ilegais, ilícitas e ilegítimas

O direito à prova no ordenamento jurídico brasileiro emerge da garantia constitucional ao contraditório, adquirindo status constitucional conforme o artigo 5º, inciso LV da Constituição da República.

Trata-se, de todo modo, de direito público e subjetivo conferido às partes no processo de atuar em seu curso e influir sobre seu resultado (DALIA, FERRAIOLI, 2001). É um direito público na medida em que o destinatário final é o Estado, representado pela pessoa do juiz e subjetivo na medida em que confere poderes ao indivíduo para fazer valer seus direitos. Esse direito transcorre do direito ao acesso ao Judiciário, expressos no direito de ação de defesa.

Todavia, o direito à prova desdobra-se no direito das partes à sua proposição, submetendo-as ao Magistrado, introduzindo-as no processo e recebendo valoração no momento da decisão judicial (GOMES FILHO, 1995).

De todo modo, a própria definição de prova não possui unanimidade na doutrina brasileira:

Do emprego nem sempre adequado, de certas expressões próprias da linguagem comum, da terminologia filosófica e científica ou mesmo elaboradas em outras culturas jurídicas, que nem sempre servem para esclarecer a natureza dos fenômenos ligados à prova judiciária, mas ao



contrário, muito contribuem para incertezas, equívocos e contradições (GOMES FILHO, 1995).

Em matéria de vedações probatórias, não existe, também, uma uniformidade sobre o assunto, mas alguns conceitos são definidos pela doutrina, como a diferenciação entre provas ilegais, ilícitas e ilegítimas.

Pietro Nuvolone foi um dos pioneiros que propôs conceituações sobre esses tipos de provas vedadas, reproduzidas, posteriormente, por Ada Pellegrini Grinover.

De acordo com o referido autor:

As provas ilegais, também chamadas de provas vedadas ou proibidas, constituem gênero das quais as provas ilícitas e ilegítimas são espécies. Assim, a prova será considerada ilegal quando a sua obtenção resultar em uma violação de normas legais ou princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. De todo modo, será considerada ilegítima quando contrariar uma lei processual. Por fim, será considerada ilícita quando a proibição for de natureza material (NUVOLONE, 1996).

Não satisfeito com essa classificação, Oswaldo Trigueiro do Valle Filho (2004) especifica os tipos de provas de outra forma. O autor fala de prova proibida ou prova vedada referindo-se à dimensão mais ampla. Caso a violação decorra de uma norma de ordem material, teríamos a prova ilícita. Já quando a violação decorre da esfera processual, maculando a base de uma funcionalidade do processo, o termo classificatório mais adequado seria o de prova ilegal.

A despeito das classificações distintas quanto à prova, entende-se que grande parte da doutrina acompanha o entendimento de Nuvolone. De modo igual, nas provas ilícitas a ilegalidade advém de sua obtenção, enquanto nas provas ilegítimas a invalidade advém de sua produção. Os impeditivos legais surgem em momentos diversos em cada uma dessas definições. A consequência de tais vícios também se mostra variada: as ilícitas não são admitidas no processo e caso nele sejam inseridas, deverão ser desentranhadas dos autos. Já as provas ilegítimas deverão ser refeitas sem o vício anterior e serão plenamente válidas (GOMES FILHO, 1995).

Segundo explicações de Marcos Alexandre Coelho Zilli (2006):



[...] qualquer incursão sobre a temática relativa à prova exige a superação de uma tarefa que lhe antecede, qual seja, a busca por uma precisão terminológica. No mais das vezes, expressões como prova ilegítima, proibida, vedada e ilegal são empregadas em um sentido equivalente, indicando a mesma fenomenologia. O rigor doutrinário, todavia, não admite tal confusão.

O mesmo autor, sobre a questão da classificação das provas vedadas, certifica que tanto as provas ilícitas quanto as ilegítimas indicam a contrariedade ao direito. A prova ilícita se relacionaria diretamente à violação aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. A prova ilegítima, de todo modo, decorreria da inobservância de normas de caráter processual. Já a ilegalidade, o momento de sua configuração seria distinto: a ilicitude vincula-se à obtenção de prova com o emprego de métodos lesivos aos valores ligados à preservação da dignidade da pessoa humana (a integridade física, liberdade, intimidade do indivíduo dentre outros). A ilegitimidade, por sua vez, é verificada na introdução ou na produção de prova no processo, mediante o descumprimento de formas estabelecidas em lei.

Verifica-se, portanto, de uma inclinação doutrinária pátria moderna de identificar as provas ilícitas como as que ofendem direitos fundamentais e não somente àquelas que infringem direitos materiais.

2 CORRENTES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

Em suma, estando diante de uma prova ilícita, de acordo com diferentes correntes doutrinárias, o juiz ou deverá admiti-la no processo, ou estará totalmente proibido para tanto ou terá discricionariedade para admiti-la ou não.

Pela teoria permissiva, uma corrente minoritária da doutrina, a prova ilícita tem total validade e eficácia. Isso significa dizer que mesmo violando direito material, tendo em vista a sua produção contrária ao direito, a prova obtida poderá ser usada e valorada pelo juiz do processo. Desse modo, é importante notar que “[...] o ilícito traduz-se no método de



obtenção da prova, e não abrange o seu conteúdo, restando preservado o seu elemento probatório com o escopo de formar a convicção do juiz.” (DUTRA, 2010).

Com isso se entende que para os permissivistas, tendo em vista a busca da verdade e do interesse da justiça, são admissíveis provas obtidas por meios ilícitos, que violem direito material. Contudo, o mesmo não se aplicaria à prova ilegítima, que deverá, em todo caso, ser afastada por desobedecer questões de ordem processual (DUTRA, 2010).

Assim, essa corrente doutrinária permite que a prova obtida ilicitamente sirva, legitimamente, para formar o convencimento do magistrado, todavia, segundo Aury Lopes Júnior (2008), “diante da ilicitude com que foi obtido, seria considerado como corpo de delito para ensejar a condenação de alguém” (apud DE LIMA, 2009). Por isso, evidencia-se uma das críticas a essa teoria, pois não é coerente que o infrator seja punido pelo ilícito que culminou na produção da prova que, não obstante, será aproveitada pelo juiz. Como bem concluíram Milhoranza e Molinaro (2007): “Portanto, justificam-se os meios pelos fins, vale dizer, o punir-se a violação praticada, mas o teor do elemento probatório deverá ser preservado para contribuir para a formação da convicção do magistrado”.

Essa corrente, todavia, encontra-se distante do que a Constituição Federal estabeleceu no aludido inciso LVI do artigo 5º. Pela interpretação literal desse dispositivo tem-se uma segunda corrente doutrinária: a obstativa.

O referido dispositivo constitucional reza que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988). Com isso, para os adeptos da teoria obstativa, em qualquer caso, a prova ilícita será inadmissível no processo, mesmo em prejuízo da verdade, pois, assim, é respeitado o direito fundamental a um processo justo. Há, portanto, uma vedação absoluta à possibilidade de utilizar provas ilícitas. Um exemplo desse posicionamento pode ser constatado no voto do Ministro Celso de Mello na AP 307-3-DF:

A cláusula constitucional do *due process of law* – que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público – tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o



impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado. A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – de qualquer prova – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica. (STF, 1994)

Nesse trecho, o julgador trata a norma constitucional com rigidez – denominando como um “dogma” – e afasta qualquer possibilidade de admissão da prova ilícita – “absoluta invalidade”. Todavia, antes, como bem coloca Grinover (1992), é preciso entender se, ao vedar o uso da prova ilícita, a regra faz referência somente à prova obtida por meios ilícitos ou também àquela prova ilícita por derivação, ou seja, apesar de respeitar o direito, a produção da prova só se iniciou por causa de uma prova anterior, essa sim, ilícita. Compreender esse alcance da regra é muito importante tendo em vista que, conforme Alexandre de Moraes, “devemos delimitar a consequência da inadmissibilidade de uma prova ilícita, definindo se haverá contaminação de todas as demais provas dela resultantes ou somente desqualificação desta para o julgamento da causa” (2018).

É com esse toar que aparece na jurisprudência a teoria dos frutos da árvore envenenada (ou *fruits of the poisonous tree*) referente à comunicabilidade da ilicitude das provas ilícitas a todas as outras provas que dela derivarem. Essa teoria, originária do direito americano, chegou ao Supremo Tribunal Federal, que “consolidou o entendimento de que a prova ilícita originária contamina as demais provas dela decorrentes” (MORAES, 2018). Assim, a inadmissibilidade preconizada pela Constituição atingiria também as provas lícitas, mas que derivaram de provas ilícitas, devendo ser desentranhadas do processo.



Tendo esclarecido esse ponto, será possível entender uma grande crítica feita à corrente obstativa. Contemplam Molinaro e Milhoranza:

Contudo, com acuidade, e uma certa ironia, já anotou Tesheiner: "[...]A doutrina dos 'frutos da árvore proibida' nega qualquer valor à prova obtida ilicitamente. Pode-se, assim, chegar ao extremo de manter no serviço público juiz ou funcionário corrupto, porque não autorizada a gravação de conversas autênticas, comprobatórias dos atos delituosos." (2007).

Assim, levar ao extremo a inadmissibilidade de provas ilícitas sem adequá-las ao caso concreto é incompatível, tendo em vista que será possível colocar em cheque outros direitos fundamentais. E nesse sentido, é forte o entendimento da jurisprudência de que não existem direitos absolutos, nem mesmo direitos fundamentais. Nesse sentido fundamentou a Ministra Relatora Ellen Gracie em julgamento de *habeas corpus*:

Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídicovalorativa. (STF, 2008)

Sendo assim, diante da incompatibilidade de se ter um direito absoluto surgem atenuações à vedação das provas ilícitas, dando pretexto a uma nova corrente intermediária à permissiva e à obstativa.

Há aqueles que defendem uso da proporcionalidade conforme o caso específico, a fim de avaliar se cabe ou não a utilização da prova ilícita, fazendo uma ponderação de interesses que estão em jogo. A aplicação da proporcionalidade, no entanto, tem caráter excepcional, quando os conflitos entre direitos são graves e não se poderia proteger aquele direito senão através do uso da prova ilícita (CARNEIRO, 2008). Geralmente esses conflitos se dão entre a vedação da prova ilícita, liberdade e privacidade, bem como, no quadro do direito do trabalho, entre a inadmissibilidade da prova ilícita e dignidade humana. Nesse sentido, Alexandre de Moraes coloca:



Saliente-se, porém, que a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Esta atenuação prevê, com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização. (2017)

No entanto, essa concepção, ao relativizar a inadmissibilidade da prova ilícita, encontra dificuldade em fornecer parâmetros a fim de quantificar quais direitos são mais importantes que outros, em prejuízo da segurança jurídica e do Estado Democrático de Direito. Nesse ponto cabem diversas críticas da doutrina tanto à impossibilidade da aplicação quanto ao uso desmedido do princípio da proporcionalidade (DE OLIVEIRA, 2016).

A primeira crítica se dirige à impossibilidade técnica da aplicação da proporcionalidade por conta da própria Constituição Federal. Ao fazer uso do termo “inadmissíveis”, diz Adriana Almeida de Oliveira (2016), a Constituição não abre espaço para ponderação alguma. Assim também concorda, ainda que com ressalvas, Ada Pellegrini Grinover:

À primeira vista, a Constituição brasileira parece impedir essa solução, quando não abre nenhuma exceção expressa ao princípio da proporcionalidade. Mas não me parece que o caminho deva inevitavelmente ser esse, até porque existe, sem dúvida nenhuma, um caso pacificamente reconhecido como de aplicação do princípio da proporcionalidade e que induz a admitir, no processo penal, a prova obtida ilicitamente, quando se trate de prova da inocência do acusado. Diz-se então que, se a prova foi obtida ilicitamente, mas serviu para comprovar a inocência do acusado, o valor liberdade avulta perante os demais valores e a prova pode ser admitida. (1992)

A segunda crítica, quanto à má aplicação desse princípio ficou bem evidenciada por Molinaro e Milhoranza ao trazer análise de decisão do Superior Tribunal de Justiça em *habeas corpus* com alegação de prova ilícita referente à gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores (2007). No caso em tela, não haveria aplicação do princípio da proporcionalidade se a gravação de conversa telefônica pelos interlocutores não foi



considerada como interceptação telefônica, ou seja, já é considerada prova lícita.

De outro lado, assevera os autores que: se a gravação é "tolerada", mas estamos frente a uma cabal violação da intimidade de um dos interlocutores, que proporcionalidade é essa que "admite" a relativização de um direito fundamental (?), que ponderação se pode fazer entre um ilícito e um direito fundamental? Seria o mesmo válido no caso do uso da tortura. Não seria possível através de outros caminhos, não ilícitos, responder com a jurisdição desde uma técnica da argumentação e da decisão fundada num cálculo de probabilidades sobre condutas, dado o que é "comum" ao cronotopos social investigado (2007).

Tendo em vista, então, outras formas de exceções à vedação das provas ilícitas, que não se encaixam na teoria intermediária, no que se refere à teoria dos frutos da árvore envenenada, Marinoni e Arenhart (2015) refletem a respeito do descobrimento inevitável e do descobrimento provavelmente independente.

Explicando sobre isso, afirmam:

Para melhor explicar: no caso anterior [referindo-se ao descobrimento inevitável] é quebrada a relação de antijuridicidade, admitindo-se que a prova derivada produza efeitos, enquanto que, na hipótese de descobrimento provavelmente independente, nega-se a própria relação causal, de modo que, nessa situação, não há propriamente exceção à teoria da árvore venenosa, pois a segunda prova é tida como um fruto que a ela não se liga. Ou seja, nesse último caso a dúvida recai sobre a natureza da segunda prova, se independente ou não, isto é, se despida ou não de relação causal com a prova ilícita, ao passo que no caso da exceção de descobrimento inevitável não se questiona a respeito da relação causal da segunda prova, mas apenas se o conteúdo da prova, apesar de demonstrado por uma prova ligada com a ilícita, seria posto às claras por uma segunda prova. (MARINONI; ARENHART, 2015)

Assim, tanto o descobrimento inevitável quanto o descobrimento provavelmente independente poderiam ser outras opções para a admissibilidade de provas ilícitas. A diferença entre as duas teorias, conforme explicaram os autores anteriormente, está na quebra da antijuridicidade. Enquanto no descobrimento inevitável a prova derivada seria



obtida de qualquer maneira, no descobrimento provavelmente independente a prova não guarda comunicação com a prova ilícita.

3 A PROVA ILÍCITA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO: DOCUMENTO FURTIVAMENTE OBTIDO

Não há na Consolidação das Leis do Trabalho uma disposição específica a respeito da prova ilícita. Dessa maneira, o que dirime os conflitos referentes ao tema é a Constituição Federal e o Código de Processo Civil, tendo em vista que o artigo 769 da CLT determinou o direito processual comum como fonte subsidiária do direito processual do trabalho (BRASIL, 1943).

Saber da escolha do processo civil como fonte subsidiária é muito importante para entender a dinâmica presente entre as partes no processo do trabalho e, conseqüentemente, como avaliar a prova obtida ilicitamente. Isso porque é possível observar uma diferença entre o processo civil e o processo penal dentro do tema da prova ilícita. Nesse ponto, Marinoni e Arenhart discorrem sobre “a opção do processo penal e a ausência de opção no âmbito do processo civil”:

De modo que as diferentes realidades, situadas em cada um desses processos, não podem deixar de ser levadas em consideração, quando se pensa na prova obtida de modo ilícito. Ao se tentar uniformizar a maneira de compreender o processo penal e o processo civil, é possível cair no engano de pensar a prova ilícita como algo que não tem qualquer relação com as diversas situações postas nesses diferentes processos. Contudo, como dito, o processo penal dá maior relevo ao direito de liberdade, ao passo que o processo civil não faz opção por nenhum dos direitos que podem colidir (pois ela não pode ser feita em abstrato), deixando essa opção para o juiz, diante do caso concreto. Isso quer dizer que a norma do art. 5.º, LVI, da CF pode ser conjugada com a opção do processo penal, mas, quando pensada em face do processo civil, apenas pode se ligar a uma falta de opção, ou melhor, à necessidade de que essa opção seja feita diante do caso concreto. (2015)

Com isso, os autores ainda concluem que “as partes têm o dever de dizer a verdade no processo civil, enquanto que o réu, no processo penal, deve ser informado do seu direito



de permanecer calado” (MARINONI, ARENHART, 2015). Logo, diante do processo penal, a prova ilícita pode ter seu valor pleno caso seja usada em favor da defesa, pois qualquer dúvida que se levantar (mesmo por meio da prova ilícita) a respeito de um fato criminoso imputado ao réu deverá beneficiá-lo, tendo em vista o princípio *in dubio pro reu*. De outro modo, no processo civil, *a priori* não é possível deduzir premissa de que a prova ilícita poderá favorecer alguma das partes – por isso, Marinoni e Arenhart referem-se à falta de opção dessa matéria e enaltecem a escolha feita por avaliação do caso concreto.

Assim, no processo civil, leva-se em conta a regra geral de que as provas ilícitas são inadmissíveis, entendida como proibida pelo direito positivo tanto pelo artigo 5º, LVI, da Constituição Federal quanto pelo artigo 369, do Código de Processo Civil. De forma semelhante, portanto, serão resolvidos os conflitos submetidos ao Direito Processual do Trabalho.

Então, não é possível no processo do trabalho definir que a prova ilícita poderá ser usada em benefício do trabalhador, pois não se assemelha à lógica do processo penal. Em regra, o trabalhador não pode usar da prova ilícita porque favorecido com o *in dubio pro operário*, faceta do princípio da proteção “que determina um tratamento favorável e preferencial ao empregado, como forma de compensar sua usual fragilidade socioeconômica e a desigualdade verificado no plano dos fatos em contraponto à figura do empregador” (BERNARDES, 2018, p. 93). Isso porque, à luz dos artigos 6º e 77, I, do CPC, o trabalhador é parte que deve cooperar para decisão de mérito justa e efetiva, tendo também um dever para com a verdade (BRASIL, 2015).

Portanto, só estando diante de cada caso em concreto que será possível analisar a possibilidade de admitir uma prova ilícita no processo a fim de formar o convencimento do juiz do trabalho. No presente artigo caberá analisar alguns casos referentes a documentos furtivamente obtidos.

Por documento, entende-se “objeto capaz de demonstrar a ocorrência de determinada situação de fato” (BERNARDES, 2018) e pode servir-se em virtude de quaisquer símbolos ou textos escritos, imagens, vídeos, etc. Acontece que uma vez juntado o documento aos autos, este se torna um meio de prova documental (BERNARDES, 2018).



Alguns documentos podem ser obtidos furtivamente pelo trabalhador, na maioria das vezes, ou pelo empregador para provar fato que lhe interessa. Geralmente a ação furtiva é a conduta pela qual se apropria indevidamente do documento pelo medo que se tem de não conseguir provar os fatos de outra maneira. De acordo com Samuel Lumertz Dutra:

Ocorre no processo trabalhista, com certa frequência, de serem juntados aos autos documentos que foram obtidos mediante ação furtiva, notadamente pelo empregado, receoso que o empregador venha a negar a existência ou destruir documento revelador de seu direito, o subtrai furtivamente da empresa, visando preservar o conteúdo da prova. [...]

Assim, verifica-se que a prova em si, e o seu meio de constituição é regular, mas a sua colheita padece de vício de ilicitude. (2010) Nesse sentido também Isabella Roxo:

O uso de documentos sigilosos é frequente na justiça trabalhista, notadamente pelo empregado, que, através de uma ação furtiva, obtêm documentos que comprovam o direito alegado [...]. O reclamante, receoso que o reclamado negue a existência do documento que comprova o seu direito, se apropria indevidamente do documento e o apresenta ao juízo requerendo sua juntada aos autos do processo. (2016)

Assim, várias são as possibilidades de uso de documento furtivamente obtido no processo do trabalho para provar como: vínculo empregatício, percepção de comissões, extensão de jornada, insalubridade e despedida com justa causa. Há, ainda, casos complexos em que se envolvem documentos sigilosos da empresa obtidos pelos empregados, em que há possibilidade de apuração de crime conforme artigos 482 da CLT e 152 do Código Penal (DUTRA, 2010, p. 23 e ROXO, 2016).

Um desses casos envolveu o afastamento da justa causa por meio da obtenção de documentos sigilosos da empresa repassados ao ex-funcionário por contador da empresa (TST, 2011). Em tal processo, o Tribunal Superior do Trabalho não entendeu pela ilicitude das provas obtidas, mesmo diante de decisão do STF em *habeas corpus*, considerando os mesmos documentos como obtidos por meio inidôneo e ilegal na esfera penal. O TST entendeu que a decisão do Supremo enfrentou a controvérsia a respeito dos documentos “com mira ao ‘procedimento de persecução criminal’” (TST, 2011) e, como o contador era



uma pessoa de confiança que trabalhava por anos na empresa, este se trataria do “alter ego do empregador” (TST, 2011), podendo, por isso, “modificar os destinos da empresa” (TST, 2011). Com base nisso, considerou as provas lícitas, para benefício do trabalhador, afastando a demissão por justa causa.

Em uma crítica a tal decisão, poderia se questionar como é possível um documento, que recai sobre a demonstração de uma mesma situação de fato, ser considerado ilícito e lícito ao mesmo tempo? Os julgadores tentam responder à crítica fazendo apelo para a independência entre o procedimento criminal e o procedimento trabalhista, desvincilhando-se da controvérsia.

Outro é o caso envolvendo prova ilícita de labor extraordinário mediante apresentação de “fitas-detache” (TST, 2005). A empregada de um banco teria apresentado “fitas-detache”, que representam o fechamento do movimento dos caixas, como prova dos seus horários de trabalho. Para o banco, tais documentos foram obtidos por meios ilícitos e violaram o sigilo bancário. Não foi o que o TST decidiu. O Tribunal entendeu que não houve furto dos documentos, uma vez que a autora tinha acesso às fichas pela atividade laboral que exercia. Disse também que não são documentos de caráter sigiloso, pois “não expõem os dados das movimentações financeiras dos correntistas, apenas indicando a abertura e fechamento dos caixas” (TST, 2005). Aqui sim, a nosso ver, o Tribunal mensurou a ilicitude da prova obtida, analisando o meio ao qual teve acesso às fichas e se essas gozavam de sigilo. Concluindo pela não ilicitude, não houve porque desconsiderar a prova do bojo processual.

Por fim, um caso em que se aplicou a proporcionalidade para admitir a prova ilícita (TST, 2018). A empregada teria conseguido imagens da tela do sistema da empregadora, que continha os horários trabalhados para provar as horas extras trabalhadas. No entanto, também havia no documento reclamações dos clientes, motivo pelo qual, inclusive, assinou termo de confidencialidade. Dessa maneira, não poderia ter juntado aos autos tais imagens, mas o fez. O TST enfatiza a inadmissibilidade de prova ilícita e deixa evidente o caráter excepcional da razoabilidade e proporcionalidade, para, então, avaliar o caso concreto:



Nesta demanda, considerando a atitude da autora, bem como o alegado dano que teria atingido a ré, entendo que a prova não pode ser considerada ilícita. A um, porque não houve efetivamente dano à ré, pois as cópias das telas juntadas não afetam, de forma efetiva, o sigilo com relação aos dados dos clientes. A dois, porque, a despeito da conduta da autora poder ser repreendida, ante ao termo de confidencialidade juntado, entendo que o intuito da reclamante foi no sentido de fazer prova das horas extras e não de divulgar dados dos clientes das rés.

Portanto, considerando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, julgou válida a prova juntada pela autora, considerando-a lícita, no caso (TST, 2018). O uso dessa prova ilícita foi ainda mais importante, porque os cartões de ponto não se mostraram fidedignos, visto que “as anotações não eram realizadas de forma correta”. Assim, havia a necessidade das telas como prova dos horários em que houve efetivamente prestação dos serviços às empresas. Contudo, parece fraco o argumento de que não era da intenção da autora divulgação dos dados dos clientes, ciente que estava do termo de compromisso de sigilo de dados. Com isso, evitou-se uma possível ponderação de interesses entre a dignidade no trabalho com o respeito às horas extras trabalhadas e a proteção da intimidade dos clientes da empresa reclamada.

CONCLUSÃO

Analisando a natureza do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal esta se assemelha a uma regra e não a um princípio. Com isso, foi levantado o debate sobre como se dá a aplicação de duas regras em conflito e compreendeu-se que apenas uma será utilizada conforme o caso concreto. Consequentemente, tratando-se dessa previsão constitucional de vedação à prova ilícita no processo, quando essa regra fere a sua própria razão de existir ao se opor a outro dispositivo constitucional referente a direitos fundamentais, poderá ser aplicada a proporcionalidade e ponderação de acordo com o caso em concreto.

Assim, também se esclareceu as variadas definições dos termos prova, inadmissibilidade, resultado de prova, elementos de prova e outros termos correlatos. Disso, extraiu-se que, apesar de não existir uma uniformização terminológica, o conceito presente



na Constituição faz referência à proibição de elementos de prova e fontes de prova que sejam ilícitas.

Posteriormente, foi feita a distinção entre provas ilegais, ilícitas e ilegítimas, sendo aquela primeira é gênero das quais faz parte estas duas últimas. Isso posto, foi evidenciado que provas ilícitas se referem às proibições de direito material, notadamente as que ofendem direitos fundamentais, enquanto as ilegítimas seriam vedações de direito processual.

Em seguida, analisaram-se as correntes doutrinárias acerca da admissibilidade da prova ilícita destacando-se as peculiaridades das teorias permissiva, obstativa e intermediária. Ficou claro que há um impasse, atualmente, entre os seguidores das correntes obstativa e intermediária, sendo apresentadas críticas a cada uma das duas posições.

Nesse sentido, a (in)admissão da prova ilícita no Direito Processual do Trabalho também deveria ser interpretada conforme o caso em concreto. Foi então feita uma análise do tratamento dado por cada um dos processos ao tema da prova ilícita, não existindo disposição específica do tema no processo do trabalho. Por conseguinte, notou-se que, por disposição da CLT, o processo do trabalho tem como fonte subsidiária o processo comum, explicando-se também as características semelhantes da dinâmica entre as partes nesses dois processos.

Por fim, adentrou-se à análise de alguns casos concretos para que fosse observada a posição da jurisprudência trabalhista com relação ao tema. Chegou-se à conclusão que os tribunais já fizeram análises com a finalidade de excluir o caráter ilícito de determinadas provas a fim de que pudessem ser admitidas no processo. Por outro lado, também foi encontrado caso em que foi feita ponderação de interesses, no sentido de admitir excepcionalmente a prova ilícita pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 106-107.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p.

BISSOLI, Giovani Bruno. **Admissibilidade da prova ilícita em ação de reparação de danos causados pela discriminação por intermédio de lista negra**. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12488>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm> Acesso em: 22 maio 2018.

_____. **Decreto-Lei N° 5.452, de 1° de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. 1 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del5452.htm>. Acesso em 26 de maio 2018.

_____. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Presidência da República. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 25 de maio de 2018.

BRENTEL, Camilla. **As provas não repetitivas no Processo Penal brasileiro**. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

CARNEIRO, Diogo Ciuffo. Prova ilícita: Uma Reflexão. **Revista da EMERJ**, v. 11, n. 43, 2009, p. 269-285.

CECARELLI, Camila Franchitto. **Prova Ilícita por derivação no Direito Processual Penal Brasileiro. Dissertação (mestrado)**. Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo, 2011.

DA COSTA, Nilton César Antunes. Proibição da prova ilícita no processo. **Revista dos Tribunais**, vol. 812, jun/2003, p. 733-754.

DA SILVA, Isabella Roxo. **Prova ilícitas: aplicabilidade no processo trabalhista**.



Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2016. Disponível em:
<<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/2098/1/Monografia%20Isabella%20Roxo.pdf>>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

DÁLIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di Diritto Processuale Penale.** 4ª ed. Padova: CEDAW, 2001.

DE OLIVEIRA, Adriana Almeida. O que significa dizer que a prova ilícita é inadmissível? **Revista Fórum de Ciências Criminais**, ano 3, n. 6, jul/dez 2016, p. 145-173.

DE LIMA, Hellen Cristina Córdova Neiva. **Relativização Prova Ilícita.** Escola da Magistratura do Paraná. XXVII Curso de Preparação à Magistratura. Curitiba, 2009.

DUTRA, Samuel Lumertz. **A prova ilícita no Processo do Trabalho.** Trabalho de Conclusão de Curso (bacharel). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010.

FLORIAN, Eugênio. **De las pruebas penales.** Bogotá: Editorial Temis, 1968. Tomo I. Extraído da tese de mestrado de Camila Franchiotto Cecarelli. Prova ilícita por derivação no direito processual penal brasileiro. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Sobre o direito à prova no processo penal.** 1995. 195 f. Tese (Livre docência do Departamento de Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Constituição e a invalidade dos atos processuais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 1, out/dez, 1992, p. 227-236.

_____. Princípios processuais fora do processo. **Revista de Processo**, vol. 147, mai, 2007, p. 307-330.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** Tradução de J. Alves de Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009. Extraído da tese de mestrado de Camila Franchiotto Cecarelli. Prova ilícita por derivação no direito processual penal brasileiro. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção.** Ed. 1 (ebook). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. A questão da prova ilícita vista pelos tribunais. **Revista de Processo**, vol. 245, mar/2007, p. 276-290.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Ed. 33 (e-book). São Paulo: Atlas, 2017.

NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. XXI, 1966. Extraído da tese de mestrado de Camila Franchiotto Cecarelli. Prova ilícita por derivação no direito processual penal brasileiro. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STF. **Ação Penal nº 307-3 Distrito Federal**. Tribunal Pleno. Voto Min. Celso de Mello. Dj:13 dez. 1994. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324295>>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

STF. **Habeas Corpus 93250**. Segunda Turma. Rel. Min. Ellen Gracie. Dj: 10 jun. 2008. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535905>>. Acesso em 24 de maio de 2018.

TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. **Críticas às exceções legais às provas ilícitas por derivação no Processo Penal brasileiro e análise da jurisprudência após a reforma da Lei 11.690/08. Dissertação (mestrado)**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

TST. **Recurso de revista nº 708.628/2000.5**. Quarta Turma. Rel. Juíza Convocada Maria de Assis Calsing. Dj: 19 out. 2005. Disponível em:
<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20708628-50.2000.5.03.5555&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAVfeAAC&dataPublicacao=04/11/>>



[2005&localPublicacao=DJ&query=NEAR\(\(%20prova,%20il%EDcita\),%200\)%20and%20furto>](#). Acesso em: 25 de maio de 2018.

TST. **Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº 1733656-17.2006.5.02.0900**. SBDI-1. Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires. Dj: 15 dez. 2011. Disponível em: [http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-ED-RR%20-%201733656-17.2006.5.02.0900&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAADPvAAS&dataPublicacao=02/03/2012&localPublicacao=DEJT&query=NEAR\(\(%20prova,%20il%EDcita\),%200\)%20and%20furto](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-ED-RR%20-%201733656-17.2006.5.02.0900&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAADPvAAS&dataPublicacao=02/03/2012&localPublicacao=DEJT&query=NEAR((%20prova,%20il%EDcita),%200)%20and%20furto) >. Acesso em: 25 de maio de 2018.

TST. **Recurso de Revista nº 3635300-44.2008.5.09.0008**. Primeira Turma. Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa. Dj: 28 fev. 2018. Disponível em: [VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro. **A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer**. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2004.](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%203635300-44.2008.5.09.0008&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABBgaAAJ&dataPublicacao=09/03/2018&localPublicacao=DEJT&query=ass%E9dio%20and%20NEAR((%20prova,%20il%EDcita),%200)>. Acesso em: 26 de maio de 2018.</p></div><div data-bbox=)

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A prova ilícita e o Tribunal Penal Internacional: Regras de admissibilidade**. 2006. 290 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.





Received: 04.11.2019
Accepted: 17.12.2019

<https://doi.org/10.33239/rtdh.v2i2.55>

1 Mestre em Direito e Justiça pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e em Teoria Crítica dos Direitos Humanos pela Universidade Pablo de Olavide (UPO), Sevilla – Espanha. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília (UnB) e em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Desembargador Federal do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região.

<https://orcid.org/0000-0002-2516-3098>

2Analista Judiciário do TRT 10, Assessor de Gabinete de Desembargador, Bacharel em Direito pela FDUFPI e Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio.

<https://orcid.org/0000-0002-4671-2359>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Contrarreforma trabalhista e aplicação do Direito e do Processo do Trabalho Principiológico

Labor counter-reform and application of the Principiologic Labor and Procedural Labor Law

Contrarreforma laboral y aplicación del Derecho Laboral y Procesal Laboral Principiológico

Grijalbo Fernandes Coutinho¹
Dênio Cardoso Cavalcante²

RESUMO

Este artigo foca em alguns dos aspectos contidos na Lei nº 13.467/2017, caracterizada como Reforma Trabalhista, dando ênfase às questões mais incidentes na fase inicial de interpretação jurídica dos dispositivos acrescidos ou modificados pela lei. O artigo procura demonstrar como as alterações introduzidas à CLT são ofensivas ao Direito Internacional, Constitucional, Material e Processual do Trabalho, os quais asseguram a existência de um Direito que jamais se curva ao movimento frenético do capital ávido pela maximização de lucros. A partir de tal cenário, o artigo realiza análise de diversas mudanças introduzidas pela Reforma Trabalhista e propõe a aplicação sem tréguas do ordenamento jurídico nacional e internacional para afastar medidas legislativas inconstitucionais, inconventionais e contrárias ao Direito do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma e contrarreforma trabalhista; Inconstitucionalidades e Inconventionais; Princípios do Direito e do Processo do Trabalho.

ABSTRACT

This article focuses on some of the aspects contained in Law No. 13,467/2017, characterized as Labor Reform, emphasizing the issues most incident in the initial phase of legal interpretation of the provisions added or modified by the law. The article seeks to demonstrate how the changes introduced to the CLT are offensive to International, Constitutional, Material and Labor Procedural Law, which ensure the existence of a Law that never bows to the frenetic movement of capital eager for profit maximization. Based on this scenario, the article analyzes the various changes introduced by the Labor Reform and proposes the unrelenting application of the national and international legal system to rule out unconstitutional, unconventional legislative measures that are contrary to Labor Law.

KEYWORDS: Reform and counter-reform of labor; Unconstitutionality and Unconventionality; Principles of Labor Law and Process.

RESUMEN

Este artículo se centra en algunos de los aspectos contenidos en la Ley Nº 13.467/2017, caracterizada como Reforma Laboral, enfatizando los aspectos más incidentales en la fase inicial de la interpretación jurídica de las disposiciones agregadas o modificadas por la ley. El artículo busca demostrar cómo los cambios introducidos en el CLT son ofensivos para el Derecho Internacional, Constitucional, Material y Procesal Laboral, lo que asegura la existencia de una Ley que nunca se doblega ante el frenético movimiento de capital deseoso de maximizar sus ganancias. Con base en este escenario, el artículo analiza los diversos cambios introducidos por la Reforma Laboral y propone la aplicación implacable del sistema jurídico nacional e internacional para descartar medidas legislativas inconstitucionales, no convencionales y contrarias al Derecho del Trabajo.

PALABRAS-CLAVE: Reforma y contrarreforma laboral; Inconstitucionalidades e Inconventionais; Principios del Derecho y Proceso Laboral.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa realizar exame crítico da chamada Reforma Trabalhista, levada a efeito pela Lei nº 13.467/2017, à luz dos ordenamentos jurídicos nacional e internacional, a fim de demonstrar a patente inconstitucionalidade e inconveniência das alterações introduzidas na CLT por força dessa lei. O artigo inicia com a apresentação de um panorama geral sobre a Reforma Trabalhista, o contexto de produção da lei nº 13.467/2017 e os desafios atualmente enfrentados pela Justiça do Trabalho em razão das alterações introduzidas na CLT. Em seguida, passa-se a um exame crítico de diversas das mudanças introduzidas pela Reforma Trabalhista, buscando demonstrar o caráter inconstitucional e inconveniente dessa Lei e apresentar caminhos, a partir dos ordenamentos jurídicos nacional e internacional, para o enfrentamento das medidas e alterações introduzidas pela Reforma. Por fim, apresentam-se considerações finais sobre as questões abordadas ao longo do artigo. O artigo empregou a metodologia de abordagem dedutiva e procedimental bibliográfica.

1 A REFORMA TRABALHISTA: CONTEXTO DE PRODUÇÃO DA LEI E DESAFIOS À JUSTIÇA DO TRABALHO

Preliminarmente, é preciso externar compreensão no sentido de que a lei nº 13.467/2017, indevidamente denominada de reforma trabalhista, carece do requisito da legitimidade como elemento de validade de qualquer norma jurídica. Cuidou-se de processo legislativo voltado exclusivamente para eliminar conquistas trabalhistas históricas, no espaço de pouco mais de cinco meses, sem contar com a mais remota consulta ou participação do movimento sindical da classe trabalhadora, cuja parte mais considerável do texto aprovado fora resultado de elaboração e/ou financiamento promovido por grupos econômicos nacionais e internacionais.

A ausência de consulta às entidades sindicais de trabalhadores, inegavelmente, compromete o inteiro teor da Lei nº 13.467/2017, conforme Convenções e Verbetes da Organização Internacional do Trabalho, notadamente à de número 154, além dos Verbetes 1075, 1081 e 1082.



Sobre o outro aspecto antes ventilado, é certo que, em uma das mais consistentes investigações a respeito dos patrocinadores da reforma trabalhista, o site *The Intercept* exteriorizou que o dilaceramento de direitos sociais se deu pela ação organizada do capital contra o seu oposto de classe¹.

Tem-se que as normas jurídicas válidas, lembrando lição do saudoso Roberto Lyra Filho, precisam passar pelo crivo da legitimidade do processo legislativo, notadamente nos períodos de exceção e de volúpia exterminadora de Direitos Humanos (LYRA FILHO, 1982). Se não bastasse a pressa, o financiamento, a elaboração das emendas, a ausência de consulta ao movimento sindical sobre o conteúdo das propostas respectivas, jamais devemos relegar também que a normalidade democrática burguesa restara rompida nos últimos anos para aniquilar conquistas civilizatórias diversas da sociedade brasileira como expressão da tentativa de aumentar as margens de lucro do sistema e a concentração de riquezas.

A pretexto de modernização das relações de trabalho, de flexibilidade laboral para autorizar o crescimento econômico e a fantasiosa geração de empregos, houve no ano de 2017 a aprovação da Lei nº 13.467/2017, que tenciona nos remeter aos tempos da selvageria nas relações entre o capital e o trabalho, tempos atuais sob o colorido ideológico do ultraneoliberalismo.

Jamais devemos nos esquecer que o Direito do Trabalho é resultado concreto de lutas e tensões sociais entre o capital e o trabalho. O Direito do Trabalho foi também a resposta de maior envergadura do pós-guerra aos horrores do nazifascismo, bem como parte do antídoto para evitar novo holocausto. É bem verdade que nenhum ramo do Direito parece ser mais paradoxal e complexo, quanto à natureza de sua afirmação e de seu reconhecimento pelo Estado capitalista, do que o Direito do Trabalho, motivo, portanto, de discussões acadêmicas não necessariamente consensuais entre sociólogos, historiadores, cientistas políticos e juslaboralistas.

Sob a perspectiva de seus efeitos na vida concreta das trabalhadoras e dos trabalhadores, os consensos entre pesquisadores e críticos sociais são elevados. Inegavelmente, o Direito do Trabalho, a partir do século XX, assume o papel transformador da realidade de milhões de pessoas em boa parte do mundo, conferindo a elas dignidade laboral a se espriar para outras dimensões humanas, com a redução dos níveis de pobreza e desigualdade social, notadamente nos países do

¹ “Lobistas de bancos, indústrias e transportes estão por trás das emendas da Reforma Trabalhista.”. 26 de Abril de 2017, 12h40. Disponível em: <<https://theintercept.com/2017/04/26/lobistas-de-bancos-industrias-e-transportes-quem-esta-por-tras-das-emendas-da-reforma-trabalhista>>. Acesso em 04 set. 2018.



centro do capitalismo. Enfim, um direito de caráter civilizatório e revestido de cidadania jamais alcançado por qualquer outra política de inclusão social no mundo capitalista.

Nas crises do sistema econômico assim reveladas pelas pálidas taxas de lucratividade dos seus negócios, o Direito do Trabalho, esse filho intruso da modernidade burguesa industrial, torna-se o alvo central a ser atacado, quiçá destruído, porque ainda não restara "revogada" a teoria do valor-trabalho como definidora da pujança ou do enfraquecimento capitalista. É o que tem acontecido nas últimas décadas no processo de reestruturação produtiva do capital marcado pelo rebaixamento geral de todas as condições de trabalho, com destaque para o modo fragmentário visto na repartição da cadeia e a sua larga terceirização. Em síntese, o Direito do Trabalho está sob forte pressão.

No Brasil, também em resposta à crise internacional do sistema econômico, uma crise política detonou o processo mais drástico de reformas, trabalhista e previdenciária, além de privatizações, com o nítido objetivo de solapar conquistas históricas e civilizatórias da classe trabalhadora. O conturbado momento político brasileiro como propiciador da reforma trabalhista de caráter regressivo talvez possa ser melhor compreendido a partir do confronto com certas experiências não tão longínquas do século XX e adequadamente retratadas nas obras dos juslaboralistas Otto Kirchheimer e Franz Neumann, bem como em percucientes análises atuais de outros juristas estrangeiros como Eugenio Raúl Zaffaroni e Luigi Ferrajoli. A Justiça do Trabalho, conforme entendimento majoritário, não ignorará solenemente a "contrarreforma" trabalhista. A avaliará, porém, em uma interpretação dialógica com a Constituição da República, o Direito Internacional do Trabalho e o Direito do Trabalho fundado em princípios protetivos, sem prejuízo da análise de outros requisitos formais e materiais de validade da lei. Cada magistrada, cada juiz, da capital ou do interior do Brasil, no exercício da função jurisdicional com independência, analisará as normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto.

A pluralidade de opiniões no âmbito da magistratura vem se manifestando com posicionamentos diversos divulgados pelos meios eletrônicos de comunicação, alguns deles inclusive fruto de decisões judiciais proferidas nos minutos iniciais de vigência da lei 13.467, reforçando, lamentavelmente, o caráter inibidor de acesso à justiça, a partir de pesadas indenizações, devidas por trabalhadores, pelo uso da máquina judiciária.



Sim, porque uma reforma trabalhista desafiadora do Direito Constitucional do Trabalho, capaz de autorizar a prevalência do negociado sobre o legislado, a terceirização sem limites, a realização de jornadas extenuantes, longas e intensivas, inclusive sem o pagamento de qualquer hora extra, o trabalho intermitente, a mediação e a arbitragem como formas de solução dos conflitos entre forças sociais e econômicas profundamente desiguais, a quitação anual de direitos sob natural pressão, a limitação da atuação do Poder Judiciário e o esmagamento dos sindicatos obreiros, entre tantas outras iniquidades, além de inviabilizar o acesso da trabalhadora e do trabalhador à Justiça do Trabalho, em decorrência do fim da gratuidade judiciária como regra geral, dos honorários advocatícios por sucumbência recíproca e das elevadas indenizações por litigância considerada como temerária pelo olhar jurídico dos julgadores, afeta profundamente, em primeiro lugar, as pessoas que precisam correr à Justiça para o restabelecimento de seus direitos sociais, ou seja, atinge à classe trabalhadora.

Mas afetar, caso a Constituição e o Direito do Trabalho deixem de ser chamados a integrar o diálogo interpretativo, a própria Justiça do Trabalho, que se tornará desnecessária em um curto espaço de tempo, além de ignorada pelo seu público histórico, que passará a ter imenso receio de se dirigir à Casa na qual é recebido com todas as reservas possíveis, desde logo sob a ameaça de perder o seu pão e o de seus filhos, embora os níveis de degradação laboral tendam a crescer assustadoramente com a destruição dos direitos do trabalho e o impedimento de acesso à Justiça do Trabalho.

Ninguém vai a uma casa, ainda que a uma Casa de Justiça, para buscar a reparação de direitos sob a ameaça de sair de lá sem a roupa do corpo, fruto dos naturais dissensos interpretativos sobre os fatos e o direito aplicável. Relembremos, nas ciências sociais e no Direito, tudo é interpretação, de modo que a clareza para uns pode ser a nebulosidade ou a evidência de situação diversa para outros. De mais a mais, a Justiça do Trabalho não foi concebida para julgar litígios de pessoas iguais, do ponto de vista econômico, senão de pessoas que estão na estratificada pirâmide social em posições diametralmente e geograficamente opostas. Tratá-los, capital e trabalho, juridicamente de forma igual, inclusive quanto às despesas processuais e honorários advocatícios, é o começo do fim da Justiça do Trabalho.

Sem relegar o papel relevante da Justiça do Trabalho como instituição pública integrante do Poder Judiciário, a sua história e a sua existência estão intrinsecamente vinculadas ao Direito do



Trabalho, a um direito de natureza principiológica protetiva, o qual sempre exigiu a ação do Estado-Juiz especialista para a sua efetividade. Em outras palavras, a razão de ser da Justiça do Trabalho é o Direito do Trabalho.

Adiante, trataremos de alguns dos temas notoriamente violadores do Direito do Trabalho, do Processo do Trabalho principiológico e do Direito Internacional do Trabalho, presentes na Lei nº 13.467/2017, o fazendo em número bem restrito aqui, registre-se, por força do espaço concedido pela respeitável publicação. De igual modo, deixaremos para tratar das rasgadas inconstitucionalidades dos dispositivos de lei em outra oportunidade.

2 INAPLICABILIDADE DAS NORMAS DE DIREITO MATERIAL DA LEI Nº 13.467/2017 AOS CONTRATOS EM CURSO ANTES DE SUA VIGÊNCIA

Preliminarmente, no direito material, a regra é aplicação imediata e geral da lei em vigor às relações jurídicas, repetidos o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (LINDB, art. 6º e CLT, art. 912). Entretanto, rememora-se que a relação de emprego tem natureza contratual, sendo complexa e de trato sucessivo. Além disso, é frequente a aquisição de direitos ao longo do pacto laboral (CLT, art. 468). Por certo, a lei nova não poderá prejudicá-los, salvo quando mais benéfica à relação trabalhista (inteligência das súmulas 191 e 441 do TST).

Para enfrentar o problema do direito material intertemporal, traz-se à baila os ensinamentos de Matos Peixoto, para quem a retroatividade legal pode ser: a) máxima, quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados; b) média, quando a lei nova atinge efeitos pendentes de atos jurídicos verificados antes dela; e c) mínima, quando a lei nova atinge efeitos dos atos jurídicos que lhe sejam anteriores, mas produzidos após a data em que ela entra em vigor (PEIXOTO, 2018, p. 468-469).

Observe-se que a aplicação da Lei 13.467/2017 aos contratos de emprego em curso, na data do início de sua vigência, implica a retroatividade da norma (ainda que mínima), em manifesta afronta ao princípio da irretroatividade da lei (CF, art. 5º, XXXVI), da segurança jurídica e da confiança.

Registre-se que o Tribunal Superior do Trabalho tem adotado o mesmo entendimento, consoante Súmulas 191 e 441, respectivamente:



III - A alteração da base de cálculo do adicional de periculosidade do eletricitário promovida pela Lei nº 12.740/2012 atinge somente contrato de trabalho firmado a partir de sua vigência, de modo que, nesse caso, o cálculo será realizado exclusivamente sobre o salário básico, conforme determina o § 1º do art. 193 da CLT.

O direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço somente é assegurado nas rescisões de contrato de trabalho ocorridas a partir da publicação da Lei nº 12.506, em 13 de outubro de 2011.

Por fim, o XXIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho aprovou o Enunciado 18, segundo o qual:

[...] a norma legal que reduza ou suprima direitos assegurados no sistema legal deverá, necessariamente, como regra geral, ser examinada de forma restritiva quando na hipótese de sua aplicação a um caso concreto. O art. 2º da MP 808/2017, ao prescrever que ‘aplicam-se aos contratos de trabalho vigentes, na integralidade, os dispositivos da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017’, violou o princípio da irretroatividade da lei (CF, art. 5º, XXXVI), corolário dos princípios da segurança jurídica e da confiança, pois há retroatividade (mínima) quando a lei nova atinge efeitos dos atos jurídicos que lhe sejam anteriores, mas produzidos após a data em que ela entra em vigor, afetando, na essência da relação contratual, a própria causa geradora.”

Diante disso, a Lei 13.467/2017 não se aplica aos contratos de emprego em curso na data do início de sua vigência, haja vista os princípios da irretroatividade da lei (CF, art. 5º, XXXVI), da segurança jurídica e da confiança.

3 JUSTIÇA GRATUITA CONCEDIDA À PARTE OBREIRA. IMPOSSIBILIDADE DO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA

O instituto dos honorários sucumbenciais está previsto no art. 791-A da CLT². Para melhor compreensão do tema, passamos a analisar o dispositivo de lei antes transcrito sob dois prismas:

a) controle de convencionalidade; e b) controle normativo (regras e princípios).

² Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.



3.1 Controle de convencionalidade (caráter de supralegalidade)

A imposição do pagamento de honorários sucumbenciais aos trabalhadores afronta a ordem constitucional interna, notadamente o art. 5º, XXXV, da CRFB: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". O princípio do amplo acesso à justiça é direito e garantia fundamental, impondo-se sua máxima eficácia. Atendendo a esse postulado, a ordem jurídica trabalhista criou mecanismos para concretizá-lo: (i) benefícios da Justiça Gratuita; (ii) *Jus Postulandi*; e (iii) não cabimento, em regra, dos honorários sucumbenciais. Tais institutos justificam-se pela notória desigualdade jurídica entre empregados e empregadores, sendo necessária a equalização das posições pelo direito do trabalho e processual do trabalho.

A Constituição Federal não é mais o único parâmetro para o controle das normas do direito interno. Deveras, face à prevalência dos Direitos Humanos, os tratados internacionais que versem sobre esse tema, e que não foram aprovados pelo quorum do art. 5º, §3º, da CRFB, possuem natureza jurídica de supralegalidade, devendo o direito legal está em conformidade com esse novo paradigma, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal. Em outros termos, as normas de Direitos Humanos objeto de Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, incluindo todas as normas da OIT- Organização Internacional do Trabalho, bem como os pactos internacionais, entre outros, o Pacto de Direito Cívico e Político, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto de San Jose da Costa Rica, que tenham sido ratificadas fora do quórum qualificado do art. 5º, §3º, da Constituição da República, possuem caráter de supralegalidade, ou seja, estão acima das leis ordinárias internas.

Nesse contexto, o art. 8º, do Pacto de *San Jose da Costa Rica*, enumera um dos direitos

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção”.



humanos mais caros do Estado Democrático de Direito, qual seja, o acesso à Justiça, *in verbis*:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

O dispositivo ordinário que possibilita a condenação do empregado ao pagamento de honorários sucumbenciais implica em verdadeiro retrocesso social (Pacto de San José da Costa Rica, art. 26), uma vez que fulmina o princípio acima (acesso à Justiça). Com efeito, a imposição do pagamento dos honorários sucumbenciais aos trabalhadores é medida inibitória e intimidatória que aniquila a última esperança de quitação das obrigações trabalhistas, qual seja, a tutela judicial. Além disso, a nova disciplina transposta para o corpo celetista, ao negar o acesso à Justiça àqueles que mais necessitam, afasta o princípio da maximização dos direitos humanos. Portanto, o art. 791-A, da CLT, afronta os artigos 8º (acesso à Justiça) e o art. 26 (princípio do não-retrocesso social) do Pacto de San José da Costa Rica.

Nesse sentido, patente a inconveniência do art. 791-A, da CLT, à luz das normas jurídicas do Pacto de San José da Costa Rica.

3.2 Controle normativo (regras e princípios)

Não se olvide que as benesses da Justiça Gratuita têm previsão constitucional, segundo o qual “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (CRFB, art. 5º, LXXIV), medida que concretiza o direito de acesso à Justiça. Nessa linha, por exemplo, o Código de Processo Civil de 2015 disciplina, em seu art. 98, § 1º, a gratuidade de justiça, deixando expressa tanto a inclusão de isenção do pagamento de custas judiciais e de honorários advocatícios, como um dos benefícios decorrentes de tal benesse, quanto a possibilidade de comprovação da hipossuficiência por simples declaração, cabendo à parte contrária o ônus de demonstrar que o requerente não preenche os requisitos para o deferimento do instituto (CPC, art. 99, §3º c/c CLT, art. 769).

O que se depreende disso, olhando para o conteúdo do art. 791-A, da CLT, é a disparidade causada pelo legislador ordinário no tratamento do beneficiário de tal Gratuidade que litiga na



Justiça Comum frente àquele litigante na Justiça do Trabalho. Ora, o Direito do Trabalho teve origem na necessidade de proteção ao empregado hipossuficiente, sendo esse princípio o próprio esteio e razão de ser desta Justiça Especializada. Torna-se necessário, portanto, trilhar uma interpretação adequada dos novos preceitos trazidos pela Lei n.º 13.467/2017, com um olhar atento para o conjunto sistêmico do ordenamento jurídico.

Em relação à Justiça Gratuita, a simples declaração é suficiente para atestar a hipossuficiência econômica. Ademais, o novo CPC corrobora esse entendimento: “Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural” (art. 99, § 3º). Em síntese, independentemente dos parâmetros fixados pela dita reforma, segue plenamente possível a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita com base na simples declaração. Mesmo sem discutir, por enquanto, a constitucionalidade da norma legal que impõe ao empregado o pagamento de honorários advocatícios pela sucumbência recíproca, o fato é que a disposição antes transcrita contraria, de modo contundente, o Direito do Trabalho *lato sensu*, o que inclui o Processo do Trabalho e toda a sua principiologia protetiva.

Em suma, a presunção de hipossuficiência do empregado milita em seu favor, especialmente quando preenchidos os requisitos legais, estabelecidos à época do deferimento, para concessão da gratuidade judiciária, cabendo ao empregador/reclamado destituir a aparente regularidade. Sob tal enfoque, empregado que obtém os benefícios da justiça gratuita, evidentemente, não deve suportar o pagamento de qualquer despesa processual, inclusive a título de honorários advocatícios, sob pena de uma inversão completa do juslaboralismo.

Nunca demais é lembrar a função interpretativa que os princípios do Direito do Trabalho possuem, estejam eles normatizados ou não, aptos, portanto, a afastar do mundo jurídico eventuais disposições legais que os contrariem, na qualidade de força mandamental indisponível. É o que ocorre, por exemplo, quando uma norma legal contraria o princípio da gratuidade judiciária oferecida aos empregados que não dispõem de recursos materiais para tal custeio, muito menos podem fazê-lo a partir da retirada de parte de seus salários e consectários reconhecidos em Juízo.

Ademais, a criação da Justiça do Trabalho tem por pressuposto a facilitação do acesso à justiça, o que inclui a noção de *jus postulandi* e de assistência gratuita. A gratuidade, inclusive, é um princípio do processo do trabalho, como se sabe, e abrange todas as despesas do processo. Portanto, o acesso à justiça é uma das razões para a própria existência da Justiça do Trabalho, o



que impede a aplicação de normas relativas à exigência de pagamento de honorários advocatícios por parte de empregado beneficiária da justiça gratuita, tudo sob pena de restar esvaziado o conceito de gratuidade da justiça.

Note-se que a Lei nº 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, afasta a possibilidade de condenação em honorários de advogado, com o escopo de garantir o amplo e irrestrito acesso à justiça, conforme transcrição da parte inicial do art. 55: “A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé (...)” (grifos acrescentados).

Ademais, o art. 87, do Código de Defesa do Consumidor, também afasta a possibilidade de condenação em honorários advocatícios nas ações coletivas, com o objetivo de resguardar a defesa da parte presumidamente hipossuficiente, *verbis*:

Art. 87. Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

Deveras, a regra da sucumbência recíproca, para que seja compatibilizada com o princípio da proteção e com o conjunto *da principiologia juslaboralista*, implicará a fixação e, ato contínuo, a dispensa do pagamento dos honorários advocatícios, por parte da trabalhadora alcançada pela gratuidade da justiça. O §4º, do art. 791-A, da CLT, cuja redação fora dada pela Lei nº 13.467/2017, quando menciona que o beneficiário da justiça gratuita terá as obrigações decorrentes de sua sucumbência “sob condição suspensiva de exigibilidade”, durante dois anos, nos quais o credor poderá provar que “deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade”, estabelece uma contradição que não poderá ser resolvida senão pela observância dos princípios orientadores do Direito e do Processo do Trabalho. É que a gratuidade se dá em razão da situação da trabalhadora no momento em que demanda. E se ela abrange, inclusive sobre a exegese do CPC que, repita-se, sequer tem por princípio a proteção de quem trabalha, todas as despesas do processo, não há como sustentar tal condição suspensiva sem negar, por via oblíqua, a gratuidade.

O mesmo ocorre em relação à suposta autorização, contida nesse mesmo dispositivo, para compensação com créditos obtidos em juízo, “ainda que em outro processo”. Novamente aqui, a



disposição legal esbarra nas disposições dos art. 1.707, do Código Civil, e do 9º, da CLT. O Direito do Trabalho, após a sua concepção gerada materialmente da luta operária contra o capital durante dois séculos, passou a ser objeto de produção doutrinária e legislativa por intermédio de diversos instrumentos, notadamente no estabelecimento da desigualdade jurídica, para minimizar as desigualdades econômicas e materiais entre os dois sujeitos da relação central do regime do lucro e da mais-valia.

Nas palavras de Plá Rodriguez:

O Direito do Trabalho surge como consequência de uma desigualdade: a decorrente da inferioridade econômica do trabalhador. Essa é a origem da questão social e do Direito do Trabalho.

As desigualdades somente se corrigem com desigualdades de sentido oposto. Durante certo tempo, conseguiu-se a desigualdade compensatória porque o Estado colocou a favor do trabalhador o peso da lei. Surgiu assim a legislação do trabalho. (PLÁ RODRIGUEZ, 1993, p. 25).

Firmada na observância sem tréguas da principiologia nuclear protetiva ao hipossuficiente, desdobrada na aplicação de vários outros princípios, normatizados ou não, os quais constituem o alicerce seguro do Direito e do Processo do Trabalho, o viés principiológico é algo inerente a qualquer ramo do direito comprometido com o seu sentido ético e humanístico. Aliás, já o era para Aristóteles na Antiguidade, ao buscar a fórmula para o conhecimento além do mundo mítico, fundado o novo saber racional em princípios e causas.

Após externar a complexidade da qual se reveste a Ciência Jurídica, Maurício Godinho Delgado assinala que:

[...] a premissa orientativa consubstanciada no princípio favorece à correta percepção do sentido ou instituto e da regra no conjunto do sistema normativo em que se integra (e também do sentido de outros princípios, é claro). Por essa razão, os princípios, na Ciência Jurídica, não somente preservam irrefutável validade, como se destacam pela qualidade de importantes contributos à compreensão global e integrada de qualquer universo normativo. (GODINHO DELGADO, 2004. p. 31)

Não obstante as reviravoltas notadas em diferentes expressões da sociedade e da vida nas quatro últimas décadas, a principiologia protetiva do direito laboral, o que inclui o processo como instrumento para conferir efetividade à substância jurídica das relações de trabalho, continua funcionando como seu verdadeiro suporte e também oxigênio necessário para manter a vitalidade



de um corpo frequentemente sufocado por tentativas variadas de aniquilamento das conquistas sociais alcançadas depois de sangue, suor e lágrimas.

Em outras palavras, não há Direito do Trabalho sem aplicação de seus princípios orientadores. Figurativamente, quando se despreza o princípio da regra mais favorável ao empregado, encaminha-se o direito do trabalho à UTI - Unidade de Terapia Intensiva. Se ao mesmo tempo relega-se, além da norma mais favorável e da condição mais benéfica, os princípios da primazia da realidade e da irrenunciabilidade de direitos, teremos qualquer coisa, menos algo que possa se chamar de Direito do Trabalho, pois este terá sucumbido de maneira sutil ou não.

O princípio da proibição do retrocesso social em matéria de Direitos Humanos é, inegavelmente, aplicável ao Direito do Trabalho porque com ele se compatibiliza totalmente. O pressuposto de sua aplicação, longe de negar o dinamismo da sociedade, capta-o integralmente para impedir movimentos tendentes a liquidar conquistas históricas dos grupos sociais não detentores do poder econômico. E assim o é porque ainda se imagina que a proteção humana é o mais relevante, ao contrário dos sistemáticos movimentos realizados para tornar tudo fluído, passageiro e expungido do patrimônio jurídico dos segmentos economicamente frágeis.

Ora, o Direito do Trabalho encontra-se fundado em princípios, tendo a mais absoluta compatibilidade com toda e qualquer diretriz principiológica afirmativa dos Direitos Humanos da classe trabalhadora, como se nota, por exemplo, da essência do princípio da vedação do retrocesso social (Pacto de San José da Costa Rica, art. 26). A observância desse princípio pelo intérprete preserva o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados, de modo que esses direitos são constitucionalmente garantidos (CANOTILHO, 2003, p. 475). Por incidência desse princípio, extraem-se, também, o princípio da progressividade social e os princípios da proteção e da norma mais favorável (REIS, 2010, p. 10), bem como que se afastam do ordenamento jurídico todas e quaisquer normas violadoras da função do Direito do Trabalho (RODRIGUEZ, 1993).

Para Canotilho, o princípio do não retrocesso é o instrumento jurídico apto a evitar contrarrevoluções no campo social, preservando, por via de consequência,

[...]o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estatais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa



'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura a simples desse núcleo essencial (CANOTILHO, 2012, p. 338-339).

Daniela Muradas Reis compreende que:

O progresso e não retrocesso social ainda relaciona-se ao princípio da proteção do trabalhador, pedra angular do Direito do Trabalho. O princípio da proteção ao trabalhador, como se sabe, grava a originalidade do Direito do Trabalho, enunciando o seu sentido teleológico. Com lastro na dignidade da pessoa humana e no valor ínsito ao trabalho humano, o princípio tutelar enuncia ser a missão deste ramo jurídico a proteção do trabalhador, com a retificação jurídica da desigualdade socioeconômica inerente à relação entre o capital e o trabalho. O sentido tuitivo, em uma perspectiva dinâmica, se relaciona à ideia de ampliação e aperfeiçoamento de institutos e normas trabalhistas. Assim, afiança-se o compromisso da ordem jurídica promover, quantitativamente e qualitativamente, o avanço das condições de pactuação da força de trabalho, bem como a garantia de que não serão estabelecidos recuos na situação sociojurídica dos trabalhadores. Por conseguinte, são consectários lógicos do princípio da proteção, o princípio da norma mais favorável e o princípio da progressividade dos direitos sociais. (REIS, 2010, p. 20)

No plano internacional, os pactos sobre Direitos Humanos – com destaque para o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU) e para as Convenções da OIT – repelem a possibilidade de o trabalho ser tratado como mais uma mercadoria, bem como vedam quaisquer retrocessos sociais, como se configura a partir de uma justiça gratuita mitigada. Em tempos de tentativas de consolidação de retrocessos sociais, faz-se necessária a defesa do Direito do Trabalho, fiel às suas origens e à sua principiologia protetiva, para afastar do mundo jurídico as mudanças legislativas comprometidas com o aprofundamento das desigualdades sociais nas relações conflituosas entre o capital e o trabalho.

Em tal seara, portanto, a interpretação ao conteúdo da mais radical reforma da CLT já promovida pelo Parlamento precisa ser realizada dando atenção às balizas fundadoras do Direito do Trabalho, aos princípios que o orientam, os quais, embora não demandem normatização para a sua respectiva aplicação, por força de suas funções, têm parte considerável do seu arcabouço teórico assegurada pelo Direito Internacional do Trabalho, em pactos e declarações de Direitos Humanos, bem como nas convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Não é a nomenclatura que por si só assegura a existência do direito laboral, mas a sua base principiológica exercitada antes de tudo. E na feliz expressão de Pinho Pedreira, “a proteção do trabalhador é a causa e o fim do Direito do Trabalho” (PINHO PEDREIRA DA SILVA, 1999, p. 26).



Uma medida legislativa voltada para inibir o acesso da trabalhadora à justiça, a exemplo de sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios, embora beneficiária da gratuidade judiciária, configura explícito rebaixamento das condições gerais de trabalho e de acesso à justiça para reivindicar o cumprimento de seus direitos conquistados, ou seja, o fim ou a mitigação da gratuidade judiciária ofende o Direito Internacional do Trabalho ratificado pelo Brasil, do qual emana o princípio da proibição do retrocesso no âmbito das relações de trabalho.³

Em outras palavras, o fim ou a mitigação da gratuidade judiciária ofende a Constituição da República, tanto no que se refere ao princípio do acesso à Justiça ali normatizado como Direito Fundamental, quanto aos princípios do Direito e do Processo do Trabalho também integrantes da Constituição da República, notadamente aquele que veda o retrocesso social, além desta alteração legislativa ordinária, registre-se, violar o Direito Internacional do Trabalho ratificado pelo Brasil, do qual ainda emana, de igual modo, o princípio da proibição do retrocesso no âmbito das relações de trabalho.

4 AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DE PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS EM FEITO ARQUIVADO COMO REQUISITO PARA O AJUIZAMENTO DE NOVA AÇÃO TRABALHISTA. CLT, ART. 844, §§2º e 3º. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA. INCONVENCIONALIDADE

Discute-se agora a validade do art. 844, §§2º e 3º, da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/2017⁴.

³ Esta posição no sentido de rejeitar qualquer condenação obreira ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência chegou a prevalecer na 1ª Turma do TRT 10, nos autos dos processos a seguir identificados: RO 0000014-11.2018.5.10.0014 (DEJT de 30/10/2018), RO 0000179-76.2018.5.10.0105 (DEJT de 14/09/2018) e RO 0000182-13.2018.5.10.0111 (DEJT de 12/11/2018).

⁴ Art. 844 - O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

§ 1º Ocorrendo motivo relevante, poderá o juiz suspender o julgamento, designando nova audiência. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 4º A revelia não produz o efeito mencionado no caput deste artigo se: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - havendo pluralidade de reclamados, algum deles contestar a ação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)



Preliminarmente, passa-se a analisar o dispositivo de lei antes transcrito sob o prisma do controle de convencionalidade, à luz da introdução já realizada no capítulo referente aos honorários sucumbenciais. Como visto, o art. 8º, do Pacto de *San Jose* da Costa Rica, enumera um dos direitos humanos mais caros do Estado Democrático de Direito, qual seja, o acesso à Justiça. Além disso, o diploma internacional impõe expressamente a máxima eficácia/efetividade dos direitos humanos, por meio do desenvolvimento progressivo, ficando vedado, em outras palavras, o retrocesso social. Vejamos o art. 26 do Pacto de San Jose da Costa Rica, o qual anuncia o princípio da vedação ao retrocesso social, já apresentado anteriormente.

Atendendo a esses postulados, a ordem jurídica trabalhista criou mecanismos para concretizar o efetivo acesso à justiça, notadamente do processo do trabalho, dada a notória desigualdade jurídica entre empregados e empregadores, sendo necessária a equalização das posições jurídicas. O dispositivo celetista que penaliza o trabalhador (pelo não comparecimento à audiência), ao pagamento das custas processuais, importa em ônus excessivo, sobretudo porque condiciona o ajuizamento de nova ação ao pagamento da taxa, ainda que beneficiário da Justiça Gratuita. Observe-se que a nova regra fere de morte o princípio do amplo acesso à justiça (art. 8º do Pacto de San Jose da Costa Rica), uma vez que submete o trabalhador (parte mais fraca) ao pagamento prévio das custas processuais, como condição para o ajuizamento de nova ação trabalhista. Além disso, vai de encontro à máxima efetividade dos direitos fundamentais (garantia de melhoramento constante), em manifesta violação ao desenvolvimento progressivo preconizado pelo art. 26 do Pacto de San Jose da Costa Rica (princípio da vedação ao retrocesso social).

Outrossim, viola o princípio da isonomia material, haja vista que desequilibra a balança da relação jurídica processual. Nesse ponto, é importante registrar que os parágrafos segundo e terceiro do artigo em debate são direcionados apenas ao empregado. Por sua vez, o parágrafo quinto, cujo teor aduz que a ausência do empregador não é motivo para a recusa da defesa e dos documentos apresentados pelo advogado, confere privilégio injustificado ao empresário (parte mais forte), subvertendo por completo o princípio da proteção trabalhista.

Acrescente-se, ainda, que a alteração promovida pela denominada “reforma trabalhista” afronta o postulado da proporcionalidade em ambas as vertentes (vedação do excesso e proteção

IV - as alegações de fato formuladas pelo reclamante forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 5o Ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)”



insuficiente). Deveras, conquanto o art. 844, §§2º e 3º, da CLT seja adequado para afastar demandas trabalhistas injustificadas, a inovação legislativa é desnecessária, visto que existem outros meios mais eficientes para obter o mesmo fim, como o instituto da preempção (CLT, art. 732). Ademais, o diploma introduz no ordenamento jurídico trabalhista penalidade sequer prevista nas demandas comuns, cuja base norteia-se pela equivalência entre os polos da relação processual.

Ressalte-se que a lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (art. 51), embora atribua a autor ausente em qualquer das audiências a responsabilidade pelo pagamento das custas, não condiciona o ajuizamento de nova ação ao recolhimento da taxa. Portanto, além de inconveniente, a norma celetista em análise revela-se manifestamente ilegítima, porquanto violadora de regras e princípios do Direito e Processo do Trabalho, como a igualdade material e a assistência jurídica gratuita.⁵

5 ACORDO EXTRAJUDICIAL. LIMITES. INVIABILIDADE DE QUITAÇÃO GERAL

Sobre o tema em epígrafe, a questão é tratada nos artigos 855-B/855-E da CLT⁶. De início, vê-se que é imprescindível a presença dos advogados (diferentes) de ambas as partes, sobretudo do empregado, que pode ser do sindicato, dada a manifesta desigualdade jurídica. Ademais, o dispositivo expressamente aduz que o juiz, no prazo de quinze dias, "analisará" a petição de acordo, o que, indubitavelmente, confere ao magistrado o poder-dever de examinar a conformidade da transação aos ditames da ordem jurídica trabalhista, podendo, inclusive, negar o pedido homologatório.

5 Esta posição prevaleceu na 1ª Turma do TRT 10, nos autos do processo RO 0001642-96.2017.5.10.0005 (DEJT de 31/10/2018), bem como na 2ª Seção Especializada do TRT 10, conforme MS 0000633-80.2018.5.10.0000 (DEJT de 21/03/2019).

⁶ Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado.

§ 1º As partes não poderão ser representadas por advogado comum.

§ 2º Faculta-se ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria.

Art. 855-C. O disposto neste Capítulo não prejudica o prazo estabelecido no § 6º do art. 477 desta Consolidação e não afasta a aplicação da multa prevista no § 8º art. 477 desta Consolidação.

Art. 855-D. No prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença.

Art. 855-E. A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados.

Parágrafo único. O prazo prescricional voltará a fluir no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo."



Todavia, nos dispositivos antes transcritos, não há menção aos efeitos da quitação desse acordo, devendo essa dúvida ser sanada à luz da interpretação sistemática das normas trabalhistas. Para tanto, rememore-se que a regra no Direito do Trabalho é a quitação das parcelas e valores objetos do termo rescisório (CLT, art. 477, §2º e TST, Súmula 330). Deveras, muito embora entendamos pela impossibilidade de qualquer eficácia liberatória geral, quando o legislador pretendeu impor a quitação plena do extinto contrato de trabalho, assim o fez de modo expresso, como nos artigos celetistas 477-B (PDV) e 625-E, p.u. (CCP), tudo a demandar análise dos fatos e das provas em cada caso concreto.

À vista disso, os demais termos rescisórios (TRCT, quitação anual e acordo extrajudicial de extinção do contrato) devem limitar-se às parcelas e valores consignados. Aplica-se à espécie a regra do art. 477, §2º, e do art. 507-B da CLT, valendo registrar que esse último, ao tratar da questionável quitação anual, assim enunciou:

Art. 507-B. É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria.

Parágrafo único. O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas.

Denota-se, portanto, que não pode o julgador, ao analisar o pedido de homologação de acordo extrajudicial, conferir a quitação plena do extinto contrato de trabalho, ainda que haja pleito dos convenientes, dada a interpretação sistemática do Direito do Trabalho, a indisponibilidade desses interesses e o princípio protetor.

A quitação geral não encontra amparo jurídico sequer na Lei nº 13.467/2017, que cuidou da introdução da figura da homologação judicial dos acordos extrajudiciais celebrados entre empregado e empregador (CLT, art. 855-B, e seguintes), sendo certo que nem o Direito Civil, ao tratar das transações entre partes guardadas por muito menos assimetrias econômicas, traz essa hipótese de quitação geral, genérica e irrevogável.

Destaca-se, por oportuno, que o art. 484-A da CLT cuida de hipótese bem distinta daquela relativa à homologação de acordo extrajudicial pela Justiça do Trabalho. Trata o art. 484-A, da CLT, de contrato de trabalho extinto por comum acordo entre empregado e empregador, com a redução dos valores de diversas verbas, na esfera administrativa, sem jamais existir ali a cláusula



da intocabilidade do debate judicial futuro a respeito da quitação de qualquer parcela. Em outras palavras, a extinção regulada por tal dispositivo legal é de caráter administrativo, sem a presença, portanto, da quitação imune à apreciação judicial dos termos daquela avença administrativa.

Analisa-se aqui coisas distintas, sendo certo que o art. 484-A sequer é dotado da cláusula da quitação geral de direitos. Se assim o fosse, negar-se-ia vigência ao princípio da inafastabilidade da jurisdição normatizado pela Constituição de 1988. Não é possível, seja qual for o método de interpretação, transpor norma que regula situação fático e jurídica notoriamente distinta, para alcançar a quitação geral de acordo extrajudicial. Ora, a norma que cuida da homologação de acordo extrajudicial parte da premissa correta de que a respectiva petição deve especificar os direitos objeto do acordo, inclusive para fins de suspensão do prazo prescricional. Não há espaço para quitações genéricas e gerais, seja qual for o ângulo analisado.

Se fosse como pretende a empregadora, bastaria uma petição conjunta das partes declarando que o contrato de trabalho estava extinto com cláusula de quitação geral, sem necessidade de qualquer discriminação das verbas pactuadas, o que bem denota a injuridicidade e o exagero da pretensão patronal relacionada à quitação geral.

Portanto, a norma de regência que dispõe sobre a homologação judicial dos acordos extrajudiciais (CLT, art. 855-B e seguintes) não autoriza a quitação geral e genérica, consoante vasta fundamentação acima.⁷

6 PETIÇÃO INICIAL E LIQUIDAÇÃO DOS PEDIDOS

O tema em apreço foi insculpido no artigo 840, §§1º a 3º, da CLT, após a alteração promovida pela lei nº. 13.467/2017⁸. Precisa ser rememorado que vigora no Direito Processual do Trabalho o princípio da simplicidade, ante a desigualdade de partes na relação jurídico-laboral e a necessidade de concretude do princípio do acesso à Justiça sem peias ou limites.

⁷ Nesse sentido, acórdão de 1ª Turma do TRT 10: RO 0000095-88.2018.5.10.0812 (DEJT de 12/11/2018).

⁸ Art. 840 - A reclamação poderá ser escrita ou verbal.

§ 1º Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante

§ 2º Se verbal, a reclamação será reduzida a termo, em duas vias datadas e assinadas pelo escrivão ou secretário, observado, no que couber, o disposto no § 1º deste artigo.

§ 3º Os pedidos que não atendam ao disposto no § 1º deste artigo serão julgados extintos sem resolução do mérito." (Grifei).



Para além de outros dispositivos, tal princípio era densificado no antigo art. 840, da CLT, o qual delineava os requisitos para a petição inicial trabalhista. Segundo a redação pretérita, a exordial deveria apresentar: a designação do juiz, a qualificação das partes, uma breve exposição dos fatos, o pedido, a data e a assinatura. Observe-se que o valor da causa, a rigor, jamais foi requisito da exordial trabalhista, muito embora fosse possível ao julgador a fixação desse *quantum*, para fins de escolha do rito procedimental (lei nº. 5.584/1970). Nota-se, ainda, que a ausência do valor da causa intentava, precisamente, concretizar a simplicidade inerente ao processo laboral, a fim de ampliar o acesso à Justiça.

Contudo, o novo parágrafo primeiro do art. 840, da CLT, na contramão desse raciocínio, insere o valor da causa como requisito da petição inicial. Não se olvida que a redação do dispositivo deixa dúvidas: trata-se de atribuir valor a cada pedido ou a toda causa? O texto é confuso e responde positivamente a ambas as perguntas.

Todavia, é sabido que entre duas interpretações possíveis deve-se prestigiar aquela em conformidade com a Constituição e as convenções internacionais, dando-lhe força normativa e maximizando os direitos fundamentais. Nesse contexto, a exigência de atribuição do *quantum* a cada pedido viola a principiologia do Direito Processual do Trabalho e o princípio do acesso à Justiça, seja do ponto de vista constitucional (CRFB, art. 5º, XXXV), seja do ponto de vista convencional (Pacto de *San Jose da Costa Rica*, art. 8º).

Com efeito, impor a liquidação prévia dos pedidos, notadamente em reclamações complexas, demandaria alto custo da parte autora, sendo ainda uma inversão indesejável da ordem processual, quando sequer existe certeza das questões postas ao crivo do julgador. Registre-se que a tese da mera estimativa dos valores petitórios (individualmente considerados) também fere os postulados acima. Isso porque a suposição quantitativa dos pedidos pode limitar irrazoavelmente os direitos do demandante, haja vista que o juiz, ao apreciar os pleitos, estará limitado à postulação, inclusive aos valores estimados (CPC, art. 492 - “É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”).

É verdade que o art. 852-B, I, da CLT (procedimento sumaríssimo) determina que cada pedido deve informar o valor correspondente. Entretanto, tal exceção adstringe-se às causas de pouca complexidade, diferentemente das questões de fato e de direito submetidas ao



procedimento ordinário.

Diante disso, não há dúvida de que a melhor interpretação é: a expressão “valor”, contida no art. 840, §1º, da CLT, refere-se a toda a causa, cujo importe deverá ser estimado pela parte, à luz da interpretação conforme a Constituição Federal e o Pacto de San Jose da Costa Rica. Não por outra razão, o novo Direito Processual Civil, atento aos postulados constitucionais, adotou a conclusão acima, conforme o artigo 319 do CPC⁹. Observe-se que o inciso “V” vinculou a palavra “valor” à palavra “causa”, e não aos pedidos. No mesmo sentido, o art. 291 do CPC anuncia: “A toda causa será atribuído valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível”.

Outrossim, a totalidade do valor da causa deverá ser aferida em conformidade com o art. 292 do CPC. No mesmo sentido, a Instrução Normativa nº. 41 do TST aduz que o valor da causa (e não dos pedidos) será estimado de acordo com os artigos 291 a 293 do Código de Processo Civil. Não bastasse isso, considerando tratar-se de demanda complexa, é inteiramente aplicável o art. 324, §1º, I, do CPC, o qual dispõe que o pedido pode ser genérico, quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu¹⁰.

Portanto, o artigo 840, §§1º a 3º, da CLT revela novo requisito para a petição inicial trabalhista: o valor da causa (e não dos pedidos), o qual deverá ser estimado pela parte, nos termos dos artigos 291 a 293 do Código de Processo Civil.

7 INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SÚMULA Nº 372, DO TST

A reversão do empregado que ocupa função de confiança ao cargo efetivo insere-se no *jus variandi* do empregador. A tanto autoriza, textualmente, o parágrafo único, do artigo 468, da CLT.

⁹ Art. 319. A petição inicial indicará:

I – o juízo a que é dirigida;

II – os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV – o pedido com as suas especificações;

V – o valor da causa;

VI – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII – a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.”

¹⁰ Entendimento similar foi apresentado no acórdão proferido no PROCESSO nº 0010642-88.2018.5.03.0035- TRT-MG - 1a. Turma, Relator José Eduardo de Resende Chaves Júnior, julgamento 29 outubro 2018.



Situação outra, todavia, é a supressão ou a redução da gratificação nos casos em que o pagamento perdurou por longos anos. A percepção da gratificação, por vários anos, acaba por gerar estabilidade econômica para o trabalhador, e a reversão ao cargo efetivo, embora esta seja autorizada pela lei, não pode vir acompanhada da diminuição da remuneração, sob pena de afronta ao princípio da estabilidade financeira.

A Súmula nº 372, do TST, ao prever a possibilidade de retirada da gratificação de função percebida por mais de 10 (dez) anos, diz que este fato pode ocorrer por justo motivo, ou seja, por motivo de ordem disciplinar e não por crise financeira ou reestruturação administrativa. O que move o entendimento presente na Súmula nº 372, do TST, é o respeito ao princípio da estabilidade financeira, de modo que um ato isolado da empregadora, por si só, não pode liquidar aquela garantia. Isso é diferente, por exemplo, da supressão de gratificação quando o empregado dá causa à adoção da medida pela empregadora.

Raciocínio em sentido contrário autorizaria, por exemplo, que a empregadora frustrasse o conteúdo da Súmula nº 372, do TST, sempre que assim desejasse. Para tanto, bastaria alegar sucessivas reestruturações administrativas. Evidente que a dispensa da função desacompanhada de justo motivo representa verdadeira afronta ao princípio da estabilidade financeira, pilar em que se funda a pretensão obreira, em decorrência do exercício pela empregada, por mais de 10 (dez) anos, de função gratificada, ficando-se expressamente na jurisprudência pacífica do TST (Súmula 372).

Por oportuno, e sob outro ângulo, esclarece-se que o entendimento sumular não é gerador de uma nova situação jurídica. A súmula apenas exterioriza determinada posição jurídica alcançada mediante a interpretação e aplicação das normas constitucionais, legais e convencionais, recebendo esse relevante status de precedente judicial consolidado, no âmbito de determinado tribunal, após reiteradas decisões na mesma direção. Em outros termos, a Súmula nº 372, do TST, jamais pode ser compreendida como expressão de um poder normativo inexistente do Tribunal, este último restrito, desde a sua peculiar criação no Brasil, às demandas, e cada vez mais restritas, de natureza coletiva, fruto das disputas entre sindicatos obreiros e patronais, nos termos da Constituição da República.

A incorporação da gratificação de função, especialmente no âmbito da Administração Pública Indireta, por empregados, em suas origens mais remotas, tem como inspiração ou



aplicação analógica, as normas da Lei nº 1.711/1952 (revogada pela Lei nº 8.112/1990), antigo Estatuto dos Servidores Públicos da União e de suas Autarquias, que assegurava tal estabilidade econômica aos seus servidores, assim como o fizeram, em um primeiro momento, a Lei nº 8.112/1990 (Regime Jurídico Único da União) e outras legislações federais que cuidaram da matéria.

Em uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, tomando em conta, pois, o modelo adotado para os servidores da União e de suas estatais, cuja garantia de estabilidade econômica surgiu com a Lei nº 1.711/1952, reitere-se, a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, de igual modo, normatizou princípio que visa igualmente preservar as cláusulas de natureza econômica vantajosas aos empregados, com a proibição da alteração contratual unilateral lesiva, em seu art. 468.

Sinteticamente, a Súmula nº 372, do TST, não é resultante de norma jurídica trazida ao mundo pelo Tribunal, como não poderia sê-lo, segundo modelo constitucional de tripartição, definição de competências e harmonia entre os poderes. É tão somente a expressão das interpretações judiciais reiteradas sobre determinadas normas jurídicas.

Em tese, no espectro da ampla liberdade dos pronunciamentos jurisdicionais, poderia se cogitar que a Súmula nº 372, do TST, jamais encontrou amparo no ordenamento jurídico. A prevalecer tal raciocínio, com o qual guardamos divergência rasgada, devemos observar que jamais houve essa impugnação acolhida, antes da Lei nº 13.467/2017, notadamente por parte de quem poderia fazê-lo com maior eficácia.

Ao se aventar a possibilidade da súmula em debate ter firmado posição contrária ou não autorizada pela interpretação da lei, é forçoso concluir que a denominada reforma trabalhista, não se põe como obstáculo novo à incorporação da gratificação de função, isto porque, o obstáculo existia desde sempre, ao menos conforme tese da edição de propalada súmula ilegal pelo TST. A Súmula nº 372 amplo respaldo legal, fruto do amadurecimento jurisprudencial de décadas, de decisões judiciais proferidas, ao menos desde os anos 1970, as quais observaram normas do regime dos servidores estatutários, a título de aplicação analógica, e princípios protetivos do Direito do Trabalho normatizados pela CLT.

Portanto, sem discutir, por enquanto, a juridicidade do artigo da Lei nº 13.467/2017, que trata do veto à incorporação da gratificação de função por empregado regido pela CLT, fato é que



todo o trabalhador, quando da edição do referido diploma legal, com mais de 10 anos no exercício de funções gratificadas diversas, tem direito adquirido à estabilidade financeira e à irredutibilidade salarial.

Não nos alongaremos sobre os institutos, mas é certo que se a parte empregada, antes da lei restritiva de direitos do trabalho, havia incorporado ao seu patrimônio jurídico a garantia do acréscimo da gratificação de função à sua remuneração mensal, na hipótese de eventual destituição promovida pelo empregador, seja qual for o tempo, não tem como vê-la suprimida, em respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, ambos com assento constitucional (CRFB, art. 5º, inciso XXXV¹¹). Não se cogite a atribuição da pecha de inconstitucionalidade ao entendimento contido na Súmula nº 372 do TST, uma vez que tem por base o art. 7º, VI, da Constituição da República, o qual expressamente veda a redutibilidade dos salários.

8 TERCEIRIZAÇÃO

Os julgamentos da ADPF 324 e do RE 958.252, pelo Supremo Tribunal Federal, resultaram na liberação da terceirização na atividade-fim, em todos os setores econômicos.

Sem prejuízo do reexame do tema pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em tempos de normalidade política e de fogo menos intenso contra o Direito do Trabalho, é imprescindível analisar a matéria da terceirização, em cada processo individual ou coletivo, a partir das premissas fáticas e jurídicas as quais embasam o reconhecimento do vínculo de emprego, com especial destaque para o contido no art. 3º, da CLT - Consolidação das Leis do Trabalho. Em tal espectro, jamais devemos relegar a força do conceito de trabalho por conta alheia, dependência econômica, subordinação estrutural, integrativa ou em rede, diante das transformações promovidas na estrutura dos meios de produção para manter a essência do regime do lucro e da acumulação de riquezas.

Torna-se relevante analisar a questão a partir dos fundamentos, princípios e paradigmas do Direito do Trabalho, todos voltados para a concepção da existência de dois atores bem definidos nas relações de trabalho, quais sejam, os donos dos meios de produção que exploram ou utilizam

¹¹ Art. 5º, XXXV - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.



o trabalho alheio para a consecução de seus negócios, de um lado e, do outro, os trabalhadores que colocam a sua mão de obra à disposição para o êxito daqueles propósitos empresariais.

Com a introdução da cibernética nas relações de trabalho, via de regra apropriada pelo capital como mecanismo de exclusão laboral e de aumento do mais-valor relativo, é preciso revisitar o clássico Direito do Trabalho, sem jamais perder a sua razão voltada para ser o verdadeiro Direito do Trabalhador contra o poder econômico e político desmedido do capital na sociedade de classes profundamente desiguais, ou seja, o direito genuinamente contrahegemônico ao despotismo de quem já é dono juridicamente de quase tudo na sociedade, menos da dignidade humana laboral, mesmo quando a tempestade neoliberal, o tsunami neofascista e a oceânica cegueira social do poder político e econômico queiram nos convencer do contrário, no sentido de que não há limites para o roubo da força de trabalho, da alma e do coração da classe obreira terceirizada.

A terceirização na atividade-fim autorizada por decisão judicial está longe de ser o fim da discussão jurídica em torno da existência ou não de vínculo de emprego quando duas partes antagônicas se entrelaçarem por força de uma determinada relação de trabalho. Abstraindo o conceito de terceirização na atividade-fim, os elementos da relação de emprego, classicamente conhecidos e definidos em norma legal, precisam ser concretamente confrontados com a realidade.

Em síntese, ainda não há ordem judicial constitucionalmente concedida para matar e mutilar mulheres e homens terceirizados em seus ambientes laborais, assim como inexistente pronunciamento ou “decreto” revogando o Direito do Trabalho principiológico e a vigorosa septuagenária CLT.

9 CORREÇÃO DOS DÉBITOS TRABALHISTAS. IPCA-E

Ao apreciar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357 e 4.425, o STF considerou inconstitucional a expressão que fixa o índice da caderneta de poupança como aplicável à correção monetária dos precatórios, após concluir que a aplicação da referida taxa não bastaria para recompor as perdas inflacionárias. Não obstante os julgados referirem-se a ações em que a devedora é a Fazenda Pública, a moderna jurisprudência do TST tem adotado o posicionamento



segundo o qual o art. 39 da Lei 8.177/91, mais especificamente em sua menção à TRD como índice de atualização monetária, é inconstitucional “*por arrastamento*”.

Em casos tais, a declaração de inconstitucionalidade de lei atrai a inconstitucionalidade de outras leis que lhe sejam correspondentes ou guardem qualquer referência à questão tida por incompatível com a norma fundamental. No caso, como o índice TR, atualmente utilizado para atualização monetária dos créditos trabalhistas, foi considerado inconstitucional para os débitos da Fazenda Pública, parece-me lógica e consequente a conclusão de incompatibilidade do art. 39 da Lei 8.177/91, na parte em que estabelece o índice TR para a respectiva correção monetária dos débitos trabalhistas de empregadores privados.

Ato contínuo, o TST modulou os efeitos da decisão pretérita, para aplicar o índice IPCA-E a partir de 25/03/2015.

Sobre a decisão proferida pelo Ministro Dias Toffoli do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Medida Cautelar na Reclamação 22.012-Rio Grande do Sul, cabe observar que o seu conteúdo, na verdade, apenas afasta os efeitos *erga omnes* conferidos pelo Tribunal Superior do Trabalho, nos autos do processo TST, Pleno, ArgInc – 479-60.2011.5.04.0231, rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 07.08.2015. Em outras palavras, o STF, em decisão liminar monocrática, ainda não proibiu a interpretação judicial das normas legais e das próprias decisões da Corte Suprema a respeito da aplicação da correção monetária dos débitos trabalhistas. Por outro lado, em juízo preliminar, de fato, suspendeu “os efeitos da decisão reclamada e da 'tabela única' editada pelo CSJT em atenção a ordem nela contida, sem prejuízo do regular trâmite da Ação Trabalhista nº 0000479-60.2011.5.04.0231, inclusive prazos recursais”.

Nada impede, portanto, que na análise do caso concreto, abstraindo do cenário jurídico a decisão com efeitos *erga omnes*, proferida pelo TST, responsável pela unificação da tabela de correção monetária dos débitos trabalhistas com base no IPCA-E, a Justiça do Trabalho, por qualquer uma de suas instâncias, possa concluir que o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357 e 4.425, considerou inconstitucional a aplicação do índice da TR para esse fim (art. 39, da Lei 8.177/91).

De mais a mais, em dezembro de 2017, o Supremo Tribunal Federal, por meio do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, julgou improcedente a Reclamação Constitucional 22.012/RS, para revogar a liminar acima e declarar que o entendimento firmado no âmbito do TST está em



consonância com a jurisprudência do Pretório Excelso. Resta, portanto, suplantada a divergência em epígrafe.

Não se olvida da alteração promovida pela Lei nº. 13.467/2017 na CLT, notadamente quanto à inclusão do §7º no art. 879, cujo teor aduz: “A atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial será feita pela Taxa Referencial (TR), divulgada pelo Banco Central do Brasil, conforme a Lei no 8.177, de 1o de março de 1991”.

Todavia, segundo firme jurisprudência do STF, a reversão legislativa que colida com entendimento já firmado pela corte nasce com presunção de inconstitucionalidade, cabendo ao legislador o ônus argumentativo de que as premissas fáticas e jurídicas sofreram alteração, a justificar a mutação constitucional pela via legal. Vejamos o trecho abaixo:

[...] TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS. (...) 5. Consectariamente, a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (i.e., promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (i.e., edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal. 5.1. A emenda constitucional corretiva da jurisprudência modifica formalmente o texto magno, bem como o fundamento de validade último da legislação ordinária, razão pela qual a sua invalidação deve ocorrer nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da CRFB/88 (i.e., limites formais, circunstanciais, temporais e materiais), encampando, neste particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais. 5.2. A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis in your face) nasce com presunção iuris tantum de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa. Nesse caso, a novel legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas. (...)” 12. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º, da Lei nº 12.875/2013.” (STF, ADIN 5105).

Nesse contexto, impõe-se a conclusão de que o art. 879, §7º, da CLT é presumidamente inconstitucional.

Nunca é demais esclarecer que a decisão do STF, cujo teor fixou o índice IPCA-E em detrimento da TRD, amparou-se no princípio da isonomia, conforme trecho: “a atualização monetária incidente sobre obrigações expressas em pecúnia constitui direito subjetivo do credor e deve refletir a exata recomposição do poder aquisitivo decorrente da inflação do período em que



apurado, sob pena de violar o direito fundamental de propriedade, protegido no artigo 5º, XXII, a coisa julgada (artigo 5º, XXXVI), a isonomia (artigo 5º, caput), o princípio da separação dos Poderes (artigo 2º) e o postulado da proporcionalidade, além da eficácia e efetividade do título judicial, a vedação ao enriquecimento ilícito do devedor. Diante desse panorama, inevitável reconhecer que a expressão ‘equivalentes à TRD’, contida no artigo 39 da Lei nº 8.177/91, também é inconstitucional, pois impede que se restabeleça o direito à recomposição integral do crédito reconhecido pela sentença transitada em julgado”. Assim, considerando que no contexto atual a TR não se equiparou ao IPCA-E, inexistente justificativa razoável para o ativismo legislativo promovido pela Lei nº. 13.467/2017, sobretudo por violar direitos fundamentais (cláusulas pétreas).

Portanto, o débito trabalhista eventualmente gerado por força da presente decisão judicial precisa ser corrigido, utilizando o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TRD) para os débitos até o dia 24/03/2015, e o índice IPCA-E para os débitos a partir de 25/03/2015.

10 EXTINÇÃO ABRUPTA DE FONTE DE CUSTEIO SINDICAL. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. MP 873 E DESCONTO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL DE ASSOCIADO EM FOLHA DE PAGAMENTO

Os objetivos primordiais da associação de trabalhadores (sindicatos) são: a) conferir força à voz do obreiro frente ao tomador; b) suprir a hipossuficiência do trabalhador e garantir equivalência nas negociações laborais; e c) melhorar progressivamente as condições de trabalho.

Rememora-se que os sindicatos passaram por diversas fases de legitimação, destacando-se os períodos de proibição, tolerância e reconhecimento. Na primeira etapa, a atividade sindical era criminalizada. Posteriormente, passou a ser tolerada, muito embora o Estado não reconhecesse o direito de sindicalização. Por fim, no momento atual, vivencia-se a fase de reconhecimento, sobretudo constitucional.

Por certo, a liberdade sindical, ao mesmo tempo que constitui direito individual do obreiro (CRFB, art. 8º), outorga aplicação, eficácia e efetividade aos mesmos direitos, podendo ser oponível inclusive nas relações entre particulares, dada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Noutras palavras, a liberdade sindical é princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, à luz do artigo 1º, incisos III e IV (dignidade da pessoa humana e valores



sociais do trabalho); artigo 3º, incisos I e III (construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como reduzir as desigualdades sociais); artigo 4º, inciso II (prevalência dos direitos humanos); artigo 5º, incisos XVII, XVIII, XIX, XX e XXI (liberdade de associação); artigo 7º (direitos básicos dos trabalhadores) e artigo 170, inciso VIII (busca do pleno emprego).

Outrossim, o princípio da liberdade sindical, tanto na faceta coletiva, como na individual, é verdadeiro direito humano do trabalhador e pilar do trabalho decente preconizado pela OIT (convenções 98, 87, 135, 151, dentre outras).

Por outro lado, no Brasil, não se olvida que a CRFB de 1988, embora tenha avançado bastante no campo da liberdade sindical e do exercício do direito de greve, manteve em seu texto originário ou não coibiu elementos corporativistas previstos na legislação infraconstitucional (contribuição compulsória, unicidade sindical, enquadramento por categorias e poder normativo), sendo a extirpação desses componentes benéfica para a atividade sindical, a nosso sentir.

Entretanto, e que fique bem claro, a extinção desses elementos deve ser conjunta, sob pena de se encontrar o efeito reverso, isto é, o enfraquecimento sindical. Com efeito, a supressão da contribuição compulsória, mantendo a unicidade e o enquadramento por categorias, implica a diminuição brutal de receita, notadamente quando o ente sindical é proibido de ampliar a sua zona de influência e de aumentar a sua representatividade. Inexiste, pois, a possibilidade de sobrevivência.

Deveras, as alterações promovidas pela Lei nº. 13.467/2017, sobretudo a extinção solitária do tributo sindical, inviabiliza, ainda que indiretamente, o movimento sindical, violando, por corolário, o princípio constitucional e internacional da liberdade sindical.

Não fosse suficiente, a Medida Provisória nº. 873, de 01/03/2019, alterando a Lei nº. 13.467/2017, previu que a cobrança das contribuições facultativas e das mensalidades sindicais depende de autorização expressa, prévia, voluntária e individual do trabalhador, devendo o recolhimento ser feito exclusivamente por boleto bancário, ficando vedada a fixação de cláusula normativa que estabeleça a obrigatoriedade de pagamento.

Tal medida provisória, contudo, além de conter vício formal, porquanto desprovida dos requisitos da relevância e urgência, viola texto expresso da Constituição Brasileira, o qual autoriza a cobrança por desconto na folha de pagamento, consoante art. 8º, IV (“a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio



do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei”). Ademais, ao proibir a instituição de cláusula normativa que estabeleça o recolhimento da mensalidade por desconto em folha, a medida provisória desprestigia a força das normas coletivas (CRFB, art. 7º, XXVI), bem como representa verdadeira interferência do Poder Público na organização sindical (CRFB, art. 8º, I).

Numa análise ainda mais profunda, a supressão do tributo sindical e as novas disposições da MP nº. 873/2019 aniquilam a independência dos sindicatos, uma vez que a insuficiência de recursos conduzirá à aniquilação das associações. Deveras, na melhor das hipóteses, o desprovimento financeiro implicará a subordinação dos entes sindicais aos ditames do patronato, em manifesta violação ao art. 2º da Convenção nº. 98 da OIT.

Destarte, tais dispositivos, sobretudo a MP nº. 873/2019, são flagrantemente inconventionais.

CONCLUSÃO

Esse artigo analisou uma série de modificações introduzidas à CLT pela Reforma Trabalhista, indicando como os novos dispositivos esbarram no arcabouço normativo infraconstitucional, constitucional e convencional.

Ressaltou-se a importância da Constituição da República, que está fundada em princípios valorizadores do Trabalho, da dignidade pessoa humana, da principiologia trabalhista, da progressividade social, da função social da propriedade, da eliminação de ambientes geradores de acidentes e adoecimentos laborais, do amplo acesso à Justiça e da gratuidade judiciária às pessoas que não podem arcar com qualquer despesa do processo judicial, os quais contrariam frontalmente o conteúdo das inovações trazidas pela Reforma Trabalhista.

Igualmente, foram mencionados os tratados internacionais ratificados pelo Brasil e zelosos dos direitos laborais. Ainda, o artigo focaliza na função interpretativa que os princípios do Direito do Trabalho possuem, estejam eles normatizados ou não, demonstrando que estão aptos a afastar do mundo jurídico eventuais disposições legais que os contrariem, na qualidade de força mandamental indisponível.



Nesse contexto, foi demonstrado que o enfrentamento da Reforma Trabalhista se dá a partir do ponto de vista social e mediante aplicação do Direito do Trabalho, do Direito Constitucional do Trabalho e do Direito Internacional do Trabalho às relações entre o capital e o trabalho, como fator de maior equilíbrio e de redução das assimetrias econômicas entre as pessoas. Por via de consequência, estaremos, assim, realçando a humanidade e o humanismo em uma sociedade que, ainda bem, teima em se apresentar como Humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2ª Edição, 2004.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 1982.

PLÁ RODRIGUEZ, Americo. **Princípios de Direito do Trabalho**, São Paulo, LTR, 1993.

PINHO PEDREIRA DA SILVA, Luiz de. **Principiologia do Direito do Trabalho**, São Paulo: LTR, 1999.

REIS, Daniela Muradas. **O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 2010.

PEIXOTO, Matos. Limite Temporal da Lei. **Revista dos Tribunais**, v. 173/459, São Paulo, 2018.

