

REVISTA ELETRÔNICA



100 1919·2019

**JUSTIÇA SOCIAL
TRABALHO DIGNO**

100 ANOS DA OIT

Expediente

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 9ª REGIÃO

PRESIDENTE

Desembargadora
MARLENE TERESINHA FUVERKI SUGUIMATSU

VICE-PRESIDENTE

Desembargadora
NAIR MARIA LUNARDELLI RAMOS

CORREGEDOR REGIONAL

Desembargador
SÉRGIO MURILO RODRIGUES LEMOS

CONSELHO ADMINISTRATIVO BIÊNIO 2018/2019

Desembargador Cássio Colombo Filho (Diretor)
Desembargador Aramis de Souza Silveira (Vice-Diretor)
Juíza Titular Morgana de Almeida Richa (Coordenadora)
Juíz Titular Luciano Augusto de Toledo Coelho (Vice-Cordenador).
Desembargador Célio Horst Waldraff
Desembargador Eliázer Antonio Medeiros
Juiz Titular Leonardo Vieira Wandelli
Juíza Titular Marcus Aurelio Lopes
Juíza Substituta Vanessa Karam de Chueiri Sanches
Juiz Substituto Roberto Wengrzynowski
Juíza Camila Caldas (Presidente da AMATRA IX)

CURITIBA - PARANÁ
ESCOLA JUDICIAL



Edição temática
Periodicidade Mensal
Ano VIII – 2019 – n.81

GRUPO DE TRABALHO E PESQUISA

Desembargador Luiz Eduardo Gunther - Orientador

Adriana Cavalcante de Souza Schio

Alessandra Souza Garcia

Cristiane Budel Waldraff

Eloina Walter Ferreira Polati

Juliana Cristina Busnardo

Larissa Renata Kloss

Maria da Glória Malta Rodrigues

Simone Aparecida Barbosa

COLABORADORES

Secretaria Geral da Presidência

Assessoria da Direção Geral

Assessoria de Comunicação Social

FOTOGRAFIAS E IMAGENS

Assessoria de Comunicação

Acervos online (Creative Commons)

APOIO À PESQUISA

Elisandra Cristina Guevara Millarch

Daniel Rodney Weidman Junior

Flávia Matos de Almeida Gonçalves

SETOR DE DIAGRAMAÇÃO E PUBLICAÇÕES DIGITAIS

Patrícia Eliza Dvorak

Catálogo: Sônia Regina Locatelli - Analista Judiciário - CRB9/546

R454 Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [recurso eletrônico]. / Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. - n. 1 (out. 2011)-
- Dados eletrônicos. - Curitiba, 2019-

Mensal

ISSN 2238-6114

Modo de acesso: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/>

1. Direito do trabalho - periódicos. 2. Processo do trabalho - periódicos.
I. Título

CDU: 331:347.9(05)

EDIÇÕES PUBLICADAS

CLIQUE PARA ACESSAR



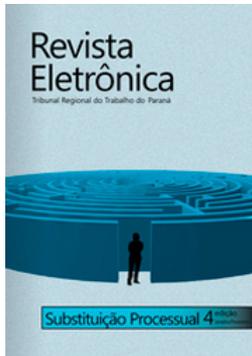
1ª edição
Ação Civil Pública



2ª edição
Revista Íntima



3ª edição
Normas Internacionais



4ª edição
Substituição Processual



5ª edição
Acidente de Trabalho



6ª edição
Normas Coletivas



7ª Edição
Conciliação



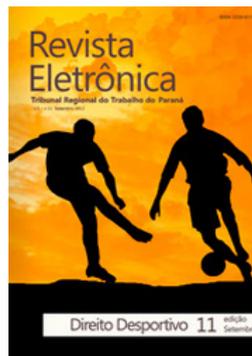
8ª edição
Execução Trabalhista



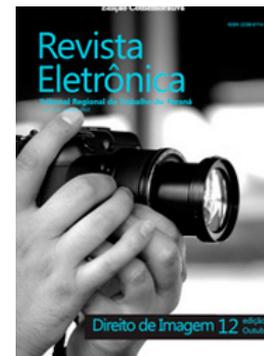
9ª edição
Conciliação II



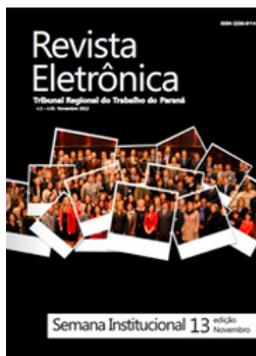
10ª edição
Terceirização



11ª edição
Direito Desportivo



12ª edição
Direito de Imagem



13ª edição
Semana Institucional



14ª edição
Índice



15ª edição
Processo Eletrônico



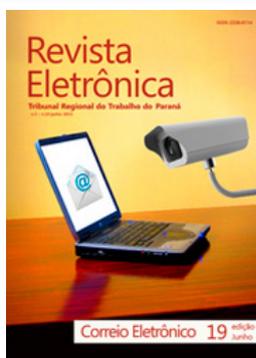
16ª edição
Assédio Moral e
Assédio Sexual



17ª edição
Trabalho Doméstico



18ª edição
Grupos Vulneráveis



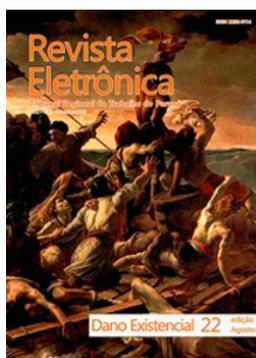
19ª edição
Correio Eletrônico



20ª Edição
Aviso Prévio Proporcional



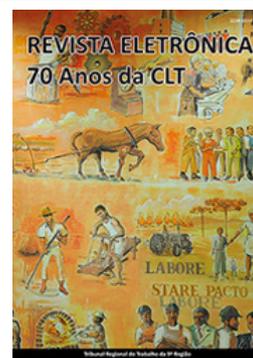
21ª edição
Dano Moral



22ª edição
Dano Existencial



23ª edição
Meio Ambiente
do Trabalho



24ª edição
70 anos da CLT



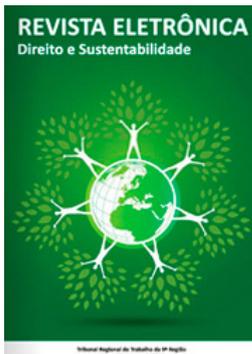
25ª edição
Ética



26ª edição
Índice



27ª edição
Trabalho e HIV



28ª edição
Direito e Sustentabilidade



29ª edição
Copa do Mundo



30ª edição
Trabalho Infantil e Juvenil



31ª edição
Ações Anulatórias



32ª Edição
Trabalho da Mulher



33ª edição
Teletrabalho



34ª edição
Execução Trabalhista II



35ª edição
Terceirização



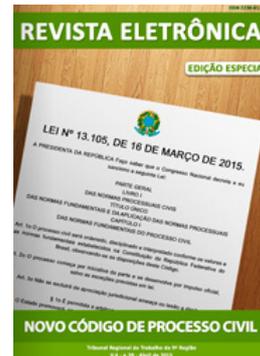
36ª edição
Índice



37ª edição
Equiparação Salarial



38ª edição
Dano Moral Coletivo



39ª edição
Novo Código de
Processo Civil



40ª edição
Recursos Trabalhistas



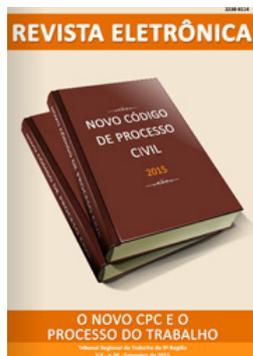
41ª edição
O FGTS e a Prescrição



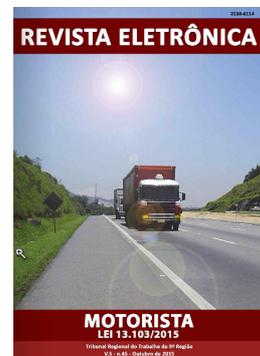
42ª edição
Discriminação no Trabalho



43ª edição
Dumping Social



44ª Edição
O Novo CPC e o
Processo do Trabalho



45ª edição
Motorista



46ª edição
Estatuto da Pessoa
com Deficiência



47ª edição
Índice



48ª edição
Convenção 158 da OIT



49ª edição
Precedentes, Súmulas
e Enunciados



50ª edição
Execução Trabalhista
e o Novo CPC



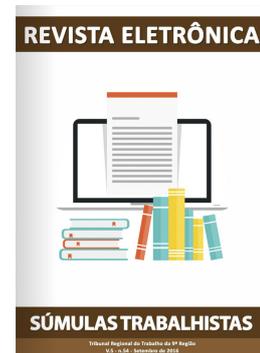
51ª edição
Negociação Coletiva
do Trabalho



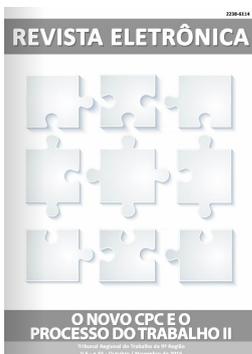
52ª edição
Trabalho Doméstico II



53ª edição
Mediação



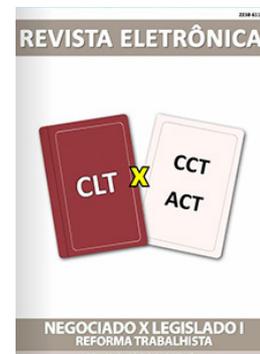
54ª edição
Súmulas Trabalhistas



55ª edição
O Novo CPC e o
Processo do Trabalho II



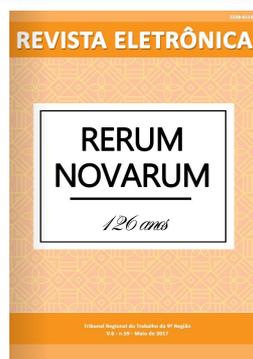
56ª Edição
Índice



57ª edição
Negociado x Legislado I



58ª edição
Negociado x Legislado II



59ª edição
Rerum Novarum



60ª edição
O Trabalho do Preso



61ª edição
Reforma Trabalhista



62ª edição
Reforma Trabalhista II



63ª edição
Reforma Trabalhista III



64ª edição
Segurança e Saúde
no Trabalho



65ª edição
Índice



66ª edição
Salão Parceiro



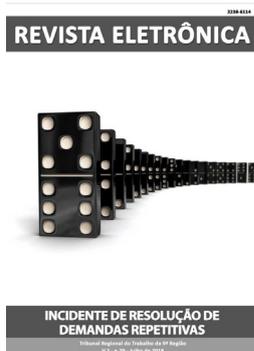
67ª edição
Reforma Trabalhista IV



68ª edição
Trabalho e Imigração



69ª Edição
Ação Rescisória e o Novo CPC



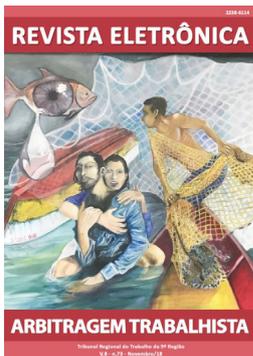
70ª edição
Incidente de Resolução de
Demandas Repetitivas



71ª edição
Contribuição Sindical



72ª edição
Terceirização: Antes e Depois
da Reforma Trabalhista



73ª edição
Arbitragem Trabalhista



74ª edição
Trabalho Intermitente



75ª edição
Teletrabalho e a
Reforma Trabalhista



76ª edição
Dano Extrapatrimonial



77ª edição
Execução Trabalhista
e a Reforma de 2017



78ª edição
Direitos Humanos
Trabalhistas



79ª edição
Incidente de Assunção
de Competência



80ª edição
Pejotização

Número de Acessos das edições

28/08/2019

Edição	Tema	
1	Ação Civil Pública	65929
2	Revista Íntima	46120
3	Normas Internacionais	85120
4	Substituição Processual	58271
5	Acidente de Trabalho	52524
6	Normas Coletivas	43685
7	Conciliação	45497
8	Execução Trabalhista	54253
9	Conciliação II	24162
10	Terceirização	39982
11	Direito Desportivo	42171
12	Direito de Imagem	22825
13	Semana Institucional	6407
14	Índice	21034
15	Processo Eletrônico	19704
16	Assédio Moral e Sexual	19378
17	Trabalho Doméstico	31377
18	Grupos Vulneráveis	20741
19	Correio Eletrônico	17176
20	Aviso Prévio	12495
21	Dano Moral	20981
22	Dano Existencial	28112
23	Meio Ambiente do Trabalho	19437
24	70 Anos da CLT	9421
25	Ética	13779
26	Índice	12854
27	Trabalho e HIV	17500
28	Sustentabilidade	20944
29	Copa do Mundo	19075
30	Trabalho Infantil	35083
31	Ações Anulatórias	35102
32	Trabalho da Mulher	49866
33	Teletrabalho	24583
34	Execução Trabalhista	32147
35	Terceirização II	35313
36	Índice	16534
37	Equiparação Salarial	29684
38	Dano Moral Coletivo	41349
39	Novo Código de Processo Civil	53241
40	Recursos Trabalhistas	13223
41	O FGTS e a Prescrição	18139
42	Discriminação no Trabalho	25443
43	Dumping Social	13821
44	O Novo CPC e o Processo do Trabalho	27270

45	Motorista	35192
46	Estatuto da Pessoa com Deficiência	17696
47	Índice	10245
48	Convenção 158 da OIT	13950
49	Precedentes, Súmulas e Enunciados	9810
50	Execução Trabalhista e o Novo CPC	14021
51	Negociação Coletiva do Trabalho	9156
52	Trabalho Doméstico II	7017
53	Mediação	3283
54	Súmulas Trabalhistas	4425
55	O Novo CPC e o Processo do Trabalho II	4452
56	Índice	5749
57	Negociado x Legislado I	7401
58	Negociado x Legislado II	6427
59	Rerum Novarum	3501
60	O Trabalho do Preso	3673
61	Reforma Trabalhista	13153
62	Reforma Trabalhista II	14130
63	Reforma Trabalhista III	8138
64	Segurança e Saúde no Trabalho	3119
65	Índice	3745
66	Salão Parceiro	2800
67	Reforma Trabalhista IV	4360
68	Trabalho e Imigração	1889
68	Ação Rescisória e o Novo CPC	2983
70	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas	3949
71	Contribuição Sindical	2669
72	Terceirização: Antes e Depois da Reforma Trabalhista	2371
73	Arbitragem Trabalhista	1953
74	Trabalho Intermitente	3106
75	Teletrabalho e a Reforma Trabalhista	2505
76	Dano Extrapatrimonial	3085
77	Execução Trabalhista e a Reforma de 2017	2449
78	Direitos Humanos Trabalhistas	1849
79	Incidente de Assunção de Competência	938
80	Pejotização	1738

Carta ao leitor

É com muita satisfação que apresentamos à comunidade jurídica uma edição em Comemoração aos 100 Anos da OIT.

Contamos com diversos artigos reunidos pelas juízas Bárbara Ferrito e Theanna Borges no intuito de valorizar e apresentar a sensibilidade feminina no tratamento de questões tão sensíveis à comunidade internacional com aplicação no direito e jurisprudência pátrias.

Iniciamos a revista com um tema muito delicado e importante que é o combate ao trabalho infantil na visão da Desembargadora do Tribunal Regional de São Paulo, Elizabeth Mostardo Nunes.

A proteção da maternidade sob a perspectiva da Convenção n.º 103 da OIT e recentes alterações pela Lei n.º 13.467/2017 foi desenvolvido pelas mãos sensíveis das capixabas, juízas do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas, Flávia Farias de Arruda Corseuil e Mariana Cavarra Bortolon Varejão.

E, o trabalho da mulher pela juíza Mariana Piccoli Lerina que atua no vanguardista Tribunal Gaúcho da 4ª Região, seguido pelo artigo de nossa coordenadora carioca Bárbara de Moraes Ribeiro Soares Ferrito, magistrada no Tribunal Regional do Rio de Janeiro, primeira região, sobre os encargos domésticos e a Convenção n.º 156 da OIT.

O deslocamento de trabalhadores, de forte impacto no cenário internacional e nacional, foi tratado de modo profundo, com a seriedade e delicadeza peculiares, sob a perspectiva da emigração pela Desembargadora Presidente do Tribunal de Alagoas, Anne Helena Fischer Inojosa, e sob os aspectos imigratórios pela juíza mineira que atua no Tribunal Regional do Trabalho de Rondônia, Fernanda Antunes Marques Junqueira – Convenção n.º 94 e n.º 143 da OIT, respectivamente.

A abordagem do trabalho forçado foi realizada pela coordenadora da compilação de artigos, juíza com atuação no Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão, profunda conhecedora do tema que traz uma preocupação real com o combate do trabalho em condições análogas à escravidão. E o problema da segurança do trabalho e a Convenção n.º 187 da OIT, a quatro mãos, pelas juízas Roberta Ferme Sivollella e Lorena de Mello Rezende Colnago, respectivamente do 1º e 2º Tribunal Regional do Trabalho, com uma abordagem não só sob a perspectiva da política de promoção da segurança do trabalho, mas também com uma abordagem de práticas administrativas e jurisprudenciais dos tribunais pátrias, com o programa do trabalho seguro e a cooperação interinstitucional.

A dispensa motivada prevista pela Convenção n.º 158 da OIT, destinatária de tantas controvérsias e ainda não aplicada ao Brasil, foi tratada pela Desembargadora do Tribunal Regional de Minas Gerais, Rosemary de Oliveira Pires, que debateu aspectos atuais incluindo a breve súmula editada pelo Tribunal do Trabalho do Espírito Santo.

A proteção do salário sob a perspectiva da Convenção n.º 95 da OIT foi desenvolvido pela magistrada do Tribunal da Paraíba, Herminegilda Leite Machado, com enfoque histórico dessa construção face à atualidade do tema.

A duração do trabalho, que é uma preocupação perene da OIT, foi tratado a quatro mãos pelas magistradas paulistanas, com toda a experiência de quem atua no maior fórum do Brasil, situado na Barra Funda (Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo), Daniela Mori e Juliane Pentenate Salles, trazendo uma abordagem comparada, atenta nas novas tecnologias e na preocupação quanto ao futuro do trabalho. O trabalho noturno e a Convenção n.º 171 da OIT, tão desgastante para o ser humano, foi objeto de estudo da atual presidente da Anamatra, Noêmia Porto.

O trabalho portuário, uma das profissões mais antigas do mundo, foi tratado pela magistrada Marcele Carine dos Prazeres Soares, do Tribunal Regional de São Paulo, abordando a Convenção n.º 137 associada à Convenção n.º 152 da OIT, não só sob a perspectiva da automação, mas também da saúde e segurança do trabalho e o estabelecimento de parâmetros mínimos de para o trabalho digno.

Com a perspicácia e o senso crítico que lhe são particulares a Desembargadora Ivani Contini Bramante aborda com desenvoltura os contratos de trabalho marítimo nas Convenções da OIT, navegando com maestria pelo conceito e classificação do direito marítimo do trabalho, as particularidades do contrato como jornada, férias, alimentação e repouso, dentre outros.

Em uma especial participação temos o artigo “El Sindicalismo em el Siglo XXI”, de autoria da Doutora em Direitos e Ciências Políticas Martha Elisa Monsalve Cuéllar que nos oferta um panorama histórico do sindicalismo e traça linhas sobre o futuro do sindicalismo e do trabalho.

Somado a todos estes enriquecedores artigos de magistradas, temos a contribuição do advogado Alexandre Gonçalves Ribeiro, que nos agracia com seu estudo sobre o Reconhecimento dos Direitos Fundamentais dos Povos Indígenas Nativos na Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia.

A prosperidade ética no futuro das relações de trabalho nos 100 anos da OIT é tema do artigo do Juiz do Trabalho Marlos Augusto Melek, do TRT9 que relembra e enaltece o Tratado de Versalhes quando o quando do fim da Primeira Grande Guerra e registra a necessidade da OIT focar no futuro, para promover a paz nas relações de trabalho em sociedades complexas e heterógenas.

Prosseguimos o estudo com o Documento do Centenário da OIT, que proporciona uma oportunidade única para reafirmar a relevância do mandato de justiça social da OIT e traçar os desafios a serem enfrentados no segundo século de existência do órgão.

Nas recentes notícias sobre o tema destacamos a aprovação da Convenção n.º 190 da OIT, que versa sobre violência e assédio no trabalho, apresentando seu texto em espanhol.

Finalizamos a revista com a expressiva pintura de Diego Rivera, Cargador de Flores.

Material essencial para todos os que desejam comemorar instrutivamente a histórica data dos 100 anos da OIT e refletir sobre sua importância nas relações de trabalho.

Boa leitura!

Lorena de Mello Rezende Colnago

Juíza do Trabalho

Sumário

ARTIGOS

Trabalho infantil e de adolescentes e a Convenção nº 182 da OIT - Maria Elizabeth Mostardo Nunes.....	17
A proteção à Maternidade: uma análise à luz da Convenção 103 da OIT e da Lei 13.467/2017 - Flavia Farias de Arruda Corseuil e Mariana Cavarra Bortolon Varejão	38
Mulheres e Mercado de Trabalho: discriminação e Ações Afirmativas - Mariana Piccoli Lerina	58
A falta que faz: convenção n. 156, OIT, conciliação dos tempos e corresponsabilidade - Bárbara Ferrito.....	73
A Questão da Emigração e a Convenção 94 da OIT - Anne Helena Fischer Inojosa.....	86
A Proteção Sócio-Jurídica do Trabalhador Migrante à Luz da Convenção nº 143 da OIT - Fernanda Antunes Marques Junqueira	106
A regulamentação do Trabalho Em Condições Análogas a de Escravo: perspectiva Comparada entre as Normas da OIT e do Brasil - Theanna de Alencar Borges	130
Convenção 187 da OIT: promoção da saúde e segurança do trabalho no Brasil e a viabilidade de sua ratificação - Lorena de Mello Rezende Colnago e Roberta Ferme Sivoletta	144
Convenção n. 158 da OIT: um modelo ético na condução das dispensas arbitrárias e na análise dos danos morais decorrentes - Rosemary de Oliveira Pires	157
Convenção nº 95 da OIT – proteção ao salário - Herminegilda Leite Machado	178
Duração do Trabalho - Daniela Mori e Juliana Petenate Salles.....	186
Trabalho Noturno: a Convenção nº 171 da OIT e o desafio para a melhoria da condição social e de vida dos trabalhadores - Noemia Porto	204

Trabalhadores Portuários e a Organização Internacional do Trabalho: proteção contra a Automação e a Favor da Saúde, Higiene e Segurança - Marcele Carine Dos Praseres Soares	222
Contrato de Trabalho Marítimo nas Convenções da OIT - Ivani Contini Bramante	232
El Sindicalismo en el Siglo XXI - Martha Elisa Monsalve Cuéllar	255
O Reconhecimento dos Direitos Fundamentais dos Povos Indígenas Nativos na Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia - Alexandre Gonçalves Ribeiro	266
Prosperidade Ética no Futuro das Relações de Trabalho nos 100 Anos Da OIT - Marlos Augusto Melek.....	277
 REGISTRO ESPECIAL	
Documento final do Centenário da OIT.....	280
 NOTÍCIAS	
Após dez anos de discussões, a Convenção 190 é aprovada na 108ª Conferência da OIT	289
C190 - Convenção sobre violência e assédio no trabalho, 2019	291
 DIREITO, TRABALHO E ARTE	300

TRABALHO INFANTIL E DE ADOLESCENTES E A CONVENÇÃO Nº 182 DA OIT

Maria Elizabeth Mostardo Nunes

A mais bela visão que podemos ter é a da criança no trabalho; a mais bela, a mais útil e que faz a sua vida se desenvolver.

Asa Griggs Candler.¹

Capítulo I

1. Introdução

O objetivo dessa investigação é o problema da existência efetiva do trabalho infantil que ocorre no mundo, por conta da desigualdade social, trazendo consequências na formação e na vida de uma criança, até mesmo a perda ao direito fundamental de ser criança e a violação dos direitos humanos,

1 Magnata dos negócios que fez a maior parte de sua fortuna vendendo a fórmula da Coca-Cola. Ele também serviu como prefeito da cidade de Atlanta, Geórgia, EUA de 1916 a 1919. Nasceu em 30 de dezembro de 1851, Villa Rica, Geórgia, EUA e faleceu em 12 de março de 1929, Atlanta, Geórgia, EUA. Frase extraída do livro: O trabalho das crianças e dos adolescentes, de Haim Grunspun. São Paulo, Ed. LTR, 2000, p. 11.

além de doenças, baixo rendimento escolar, prejuízos físicos, mentais e sociais.

As crianças que trabalham tornam-se adultos com déficit de aprendizagem, de qualificação e lhes é retirada a oportunidade de conseguir fazer parte do mercado de trabalho.

Apesar de toda campanha que tem sido realizada, quer em nível nacional como internacional, é crescente o número de denúncias e descobertas desse tipo de trabalho.

No Brasil podemos enumerar diversas instituições que se dedicam a erradicação do trabalho infantil, como o Tribunal Superior do Trabalho, Ministério Público do Trabalho, Delegacias Regionais do Trabalho, Conselhos Tutelares e Ordem dos Advogados do Brasil. Em nível internacional podem ser citadas a ONU-Organização das Nações Unidas, OIT-Organização Internacional do Trabalho, UNICEF-Fundo das Nações Unidas para a Infância, dentre outras.

São muitas as causas que propiciam o

.....
 Maria Elizabeth Mostardo Nunes

Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Doutoranda na Universidade Autônoma de Lisboa. Mestre pela PUC/SP.



trabalho infantil, como a pobreza, renda baixa, pais sem escolaridade, famílias com muitos filhos, educação deficiente e mão de obra barata. Segundo Haim Grunspun, “Em países desenvolvidos, por exemplo, com as ondas migratórias que ficam na ilegalidade, o trabalho infantil está em crescimento contínuo... As causas são: 1. Pobreza e miséria; 2. Privação educacional; 3. Fatores culturais; 4. Inserção da mulher no trabalho; 5. Passividade infantil; 6. Ondas migratórias; 7. Os *sweatshoppers*; 8. Globalização; 9. Ignorância.”²

Segundo o autor, a pobreza e a miséria são os principais fatores contributivos para o trabalho infantil, os quais são seguidos pela ineficiência escolar, problemas culturais de certos países, onde as mulheres são treinadas para realizarem o trabalho doméstico, as mulheres que deixam seus lares para trabalhar e os filhos acabam arcando com o trabalho doméstico, empresas que não observam as leis trabalhistas vigentes (*sweatshoppers*) e empregam mão-de-obra ilegal e parte da sociedade que, ainda, acredita que o trabalho infantil é de extrema utilidade para a sociedade e para a criança.

O trabalho infantil se apresenta de várias formas, como: doméstico, em fábricas, em canaviais, prostituição, narcotráficos, pornografia e até tráfico humano. Suas condições, muitas vezes, são análogas ao trabalho escravo, em longas jornadas e em condições sub-humanas.

2. Trabalho infantil

Trabalho Infantil é todo o trabalho

2 GRUNSPUN, Haim – **O trabalho das crianças e dos adolescentes**. São Paulo: Ed. LTR. 2000. p. 21.

realizado por crianças e adolescentes que tenham menos da idade mínima permitida para trabalhar. Portanto, trabalho infantil é ilegal. Diante de sua gravidade ocorre a violação a direitos humanos e princípios e direitos inerentes ao trabalho.

Segundo a Convenção nº 182 da Organização Internacional do Trabalho, OIT, “o termo criança designa toda pessoa menor de 18 anos”.³

Segundo a OIT, além do trabalho infantil representar oposição ao trabalho decente, “é causa e efeito da pobreza e da ausência de oportunidades para desenvolver capacidades. Ele impacta o nível de desenvolvimento das nações e, muitas vezes, leva ao trabalho forçado na vida adulta. Por todas essas razões, a eliminação do trabalho infantil é uma das prioridades da OIT.”⁴

Em termos de fatos e números globais, a OIT-Brasília, apresenta estimativas do trabalho infantil, no período de 2012 a 2016⁵ e constata que a maior concentração se dá na agricultura, com 71%, seguida do setor de serviços (17%) e do setor industrial (12%) e que 58% das crianças eram meninos, o que se pode concluir que o trabalho infantil, entre as meninas, ocorre principalmente no âmbito doméstico:

- Em 2016, 152 milhões de crianças entre 5 e 17 anos eram vítimas de trabalho infantil no mundo - 88 milhões de meninos e 64 milhões

3 Convenção 182 da OIT, foi ratificada pelo Brasil em 02.02.2000, com vigência após um ano e, considerou trabalho infantil, aquele prestado por pessoas antes dos 18 anos nas piores formas de trabalho infantil.

4 OIT-Brasília -Temas -Trabalho Infantil. [Consult. em 09/11/2018]. Disponível em <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-infantil/lang--pt/index.htm>.

5 Idem – **Ibidem**.

de meninas;

- 73 milhões dessas crianças se expunham a formas perigosas de trabalho, sendo que 19 milhões se encontravam na faixa etária inferior a 12 anos de idade;

- Na África foram encontrados o maior número de crianças vítimas de trabalho infantil (72,1 milhões), em seguida da Ásia e do Pacífico (62 milhões), nas Américas (10,7 milhões), da Europa e da Ásia Central (5,5 milhões) e dos Estados Árabes (1,2 milhões).

Verificamos que há diferenças de idade mínima permitida para o trabalho e são poucas as Constituições no mundo que trazem em seu corpo tal estipulação. De modo geral, os países latinos se mostram mais preocupados em estabelecer a idade mínima permitida para o trabalho, como é o caso do Brasil, Honduras, El Salvador, México, Panamá e outros.

O art. 227 da Constituição do Brasil, dispõe que a criança, ao adolescente e ao jovem⁶, devem ser “mantidos a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” e, a eles são assegurados o direito fundamental, com absoluta prioridade, “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”⁷

6 Criança é a pessoa com até 12 anos de idade incompletos; adolescente com idade entre 12 e 18 anos de idade, conforme Lei 8.069/90, ECA-Estatuto da criança e adolescente. São considerados jovens, as pessoas com idade entre 15 e 29 anos de idade, conforme Lei 12.852/2013-Estatuto da juventude. [Consult. em 09/11/2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm.

7 Constituição Federal. [Consult. em 09/11/2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

No Brasil, o trabalho é proibido antes dos 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos, conforme art. 7º da CF/1988.

Como preservação da saúde física, mental ou que possa acarretar prejuízos à moral, o aprendiz (a partir dos 14 anos) ou adolescente empregado (dos 16 aos 18 anos), é permitido o trabalho em atividades que não ocorram entre 22h e 5h e não sejam insalubres ou perigosas e penosas, nos termos do art. 67, inciso II da Lei 8.069/90 (ECA)⁸ e que não façam parte da lista das piores formas de trabalho infantil, conforme Convenção 182 da OIT, que oportunamente iremos tratar.

Em Portugal, o art. 68 do Código de Trabalho regulamenta o trabalho infantil e o admite a partir dos 16 anos de idade, desde que o menor tenha concluído a escolaridade obrigatória ou esteja matriculado e frequente o nível secundário de educação e disponha de capacidades físicas e psíquicas adequadas ao trabalho que irá exercer.

Nos EUA, como exemplo, é permitido o trabalho entre 12 e 13 anos para as funções de babás, entregadores de jornal e atividades artísticas; a partir dos 14 anos em trabalho não perigoso, como escritórios, lojas, cinemas e restaurantes; a partir dos 16 anos em qualquer função não perigosa e a partir dos 18 anos em qualquer função.

3. História do Trabalho Infantil

A história da humanidade nos mostra que as crianças sempre trabalharam em conjunto com suas famílias ou tribos, realizando o mesmo

8 Lei 8.069/90 – ECA- Estatuto da Criança e do Adolescente. [Consult. em 09/11/2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm.

serviço que os adultos. A partir do Século XVIII a luta contra o trabalho infantil começou a ter alguma visibilidade, quando se iniciou o movimento para estabelecer parâmetros à exploração do trabalho de crianças e de adolescentes, em face de verdadeiras “atrocidades cometidas contra crianças e testemunhadas pela sociedade europeia, especialmente nas minas e fábricas de tecidos da primeira Revolução Industrial, onde muitas crianças pereceram por acidentes, por doenças ocasionadas pelas péssimas condições de higiene no ambiente de trabalho ou por pura exaustão.”⁹

Surge, pois, na Inglaterra, em 1802, a primeira lei trabalhista, denominada *Factories Act*, que estabelecia regras básicas de higiene, limitava a jornada a 8 horas/dia para crianças de 9 a 13 anos de idade e jornada máxima de 12 horas/dia, para os de 14 a 18 anos de idade e, os menores de 9 anos não mais poderiam trabalhar e deveriam estar matriculados em escolas primárias.¹⁰

3.1 Na Grã-Bretanha

Os proprietários de moinhos de algodão recolhiam crianças órfãs e crianças de famílias de origem pobre para trabalharem sem nenhum conforto e recebiam em troca apenas a alimentação.

A partir do Século XIII, as crianças passaram a ser recrutadas, também, pelos limpadores de chaminés, para subirem até o topo e efetuar a limpeza, desobstruindo a saída

9 CORRÊA, Lélío Bentes – O trabalho Infantil sob a Perspectiva Internacional, in **Trabalho Infantil – Mitos, Realidades e Perspectivas**. São Paulo: LTr, 2016, p. 11.

10 Idem – **Ibidem**.

da fumaça das casas dos ricos.

Em 1788, surge a primeira lei regulamentando esse trabalho, estabelecendo a idade mínima de 8 anos para a profissão de “trepadores” e a proibição de subirem nas chaminés quando o fogo estivesse aceso. Outros países europeus, à altura, repetiam essa mesma forma abusiva de trabalho infantil.

No Século XIX, com a Revolução Industrial e a invenção da máquina a vapor, as crianças passaram a trabalhar em minas de carvão, fiações e moinhos. Quando surgiram as fábricas de tecido, as crianças iniciaram o trabalho de acabamento de produção em casa, com suas famílias.

Nesse período, o trabalho era realizado por crianças a partir de 5 anos, em jornadas diárias de 13 a 16 horas, com salários inferiores aos dos adultos, em péssimas condições de higiene e segurança, o que acarretou um exército de crianças doentes e mutiladas.

3.2 Nos EUA

Em 1870 o censo americano apontava que 750.000 crianças, entre 10 e 15 anos, trabalhavam na agricultura e indústrias, em jornadas diárias de 10 horas. Esse número aumentou para 1.118.000 crianças em 1880 e, no final do Século XIX, em torno de 1/5 dessas crianças, com idade entre 10 e 16 anos, passaram a ser assalariados.

Na tentativa de se regulamentar o trabalho infantil, em 1916, houve uma lei que determinava a idade mínima de 14 anos para o trabalho. No entanto, foi declarada inconstitucional, por ferir direito às liberdades individuais.

Em 1933, aprovou-se a lei que

estabelecia a idade mínima de 16 anos para o trabalho infantil, mas em 1935, foi declarada inconstitucional e, em 1949, essa lei se tornou emenda à Constituição.

Aspecto intrigante da legislação americana é que os filhos de migrantes que trabalhavam em colheitas, não recebiam proteção de nenhuma lei federal ou estadual, por não preencherem os requisitos de domicílio. Além disso, também, eram impossibilitados de frequentar escolas, vez que estas não observavam a sazonalidade.

Na década de 1920, tornaram-se famosas as fotos de Lewis Hine que retratavam o trabalho infantil em carvoarias e minas, as quais foram utilizadas pelo Comitê Nacional de Trabalho Infantil dos EUA.

3.3 Em Portugal

No Século XVI, naus portuguesas transportavam homens e mulheres ao Brasil, que vinham em busca de novas oportunidades e, já nesse período, foram registrados os primeiros abusos de crianças e adolescentes.

As crianças vinham na condição de aprendizes de marujos, pajens ou órfãos do Rei, sendo que, estas últimas, tinham a missão de se casarem com os súditos da Coroa.

Entre os Séculos XIV e XVIII, pelas condições da época, havia grande mortalidade infantil de crianças na Europa e a expectativa de vida era de 14 anos. Os pais findavam entregando seus filhos, pois o alistamento de meninos de 9 a 16 anos rendia-lhes soldo e, caso não sobrevivessem, seria uma boca a menos para alimentar.¹¹

11 VIDOTTI, Tarcio José – O trabalho Infantil das Naus Portuguesas às Fábricas do Brás: Uma viagem de cinco séculos de abandono, in **Trabalho Infantil – Mitos,**

Assim, essas crianças que eram embarcadas, sofriam todo tipo de violência, desde abuso sexual, escassez de alimentação e de água, o que ocasionava doenças e morte.

Não menos grave os navios vindos de Luanda, em Angola, com destino ao Brasil, quando aportavam, as crianças eram utilizadas como pagamento de taxas e serviam como escravas.

O mesmo ocorria com os navios provenientes de Moçambique, com a agravante que o índice de mortalidade era superior, já que a travessia levava 64 dias, enquanto que a de Luanda levava 34 dias.

3.4 No Brasil

Vamos nos alongar com o histórico de trabalho infantil no Brasil, não só trazendo relatos do passado, mas também um pouco da atual situação. Poderemos constatar que houve certa evolução, mas o problema ainda é acentuado e está longe de ser resolvido.

No Brasil, os escravos que ali nasciam, eram separados de suas mães no terceiro dias após o parto, pois as mães retornavam ao trabalho. Com quatro anos de idade, esses escravos já eram iniciados no trabalho.

As crianças escravas que conseguiam sobreviver, não raramente serviam de brinquedos das crianças livres da casa grande: “Houve crianças escravas que, sob as ordens de meninos livres, puseram-se de quatro e se fizeram de bestas. Debret não pintou esse quadro, mas não é difícil imaginar a criança negra arqueada pelo peso de um pequeno escravocrata. Machado de Assis levou-a para

.....
Realidades e Perspectivas. São Paulo: LTr, 2016, p. 20.

a literatura. Lá está ela, montada, a receber lanhas do dono. (GÓES; FLORENTINO, 1999, p. 186).¹²

No período de 1864 a 1870, durante a guerra do Paraguai, o governo brasileiro passou a arrematar crianças de maneira forçada. As crianças eram caçadas nas ruas para lutarem na guerra.

Em 1870, no bairro do Brás, em São Paulo, com a vinda dos imigrantes italianos, o local tornou-se um grande ponto de encontro da classe operária. Viam-se nas oficinas de costura cartazes com as palavras *bambini*, *fanciulli*, *ragazzi* e *minorenni*, que tinham por significado a procura de crianças para o trabalho, o qual se dava por turno de 12 a 14 horas, com intervalo mínimo, sem nenhum descanso semanal e remuneração insuficiente.¹³

Os acidentes de trabalho, à época, se acumulavam, o trabalho era insalubre e exaustivo, havia doenças, epidemias, além de agressões físicas e muitos delitos, enquanto a Câmara dos Deputados votava a permissão de crianças com menos de 10 anos para trabalharem nas fábricas.

Ainda hoje, encontramos incontável número de crianças que trabalham no comércio ambulante, guardando carros, como carregadores de feiras, guias turísticos, como domésticos e agricultores. Há o agravante das crianças que trabalham nas ruas, por ficarem sujeitos a todo tipo de violência, drogas, abuso sexual, tráfico de pessoas, acidentes de trânsito, etc. Os que trabalham como domésticos não têm melhor sorte, pois muitos se sujeitam a jornadas exaustivas, sofrem agressão física

e abuso sexual por parte dos patrões. Os que trabalham na agricultura, além de ficarem expostos às intempéries, como sol escaldante, sem nenhum equipamento de proteção, ainda, estão em contato com máquinas e instrumentos cortantes, animais peçonhentos e agrotóxicos.

Outro problema muito grave é o das crianças e adolescentes que se prostituem nas cidades e estradas e os que se dedicam ao tráfico de entorpecentes.

Quando da abolição da escravatura no Brasil, em maio de 1888, os imigrantes substituíram os africanos na lavoura, principalmente, no interior de São Paulo, em fazendas de café. À época o contrato era feito entre o colono e o fazendeiro e toda sua família, incluindo as crianças.

O Brasil, por sua imensa extensão geográfica, apresenta certos regionalismos que é até mesmo desconhecido do restante do país. Exemplo disso é o caso da extração do açaí¹⁴, que acontece no Estado do Pará, no período de setembro a dezembro de cada ano, quando as famílias, que trabalham na colheita, envolvem seus filhos nessa tarefa. As palmeiras que dão o fruto são altas e não suportam muito peso, o que facilita que as crianças com idade de 6 a 10 anos, façam a extração.

Nesse período, ocorre fuga em massa dos alunos das salas de aula. Além de ser um trabalho penoso que expõe as crianças a altos riscos. A FUNDACENTRO¹⁵ e o instituto

14 Açaí (nome científico: *Euterpe oleracea*) é uma palmeira que produz um fruto bacáceo de cor roxa, muito utilizado na confecção de alimentos e bebidas. A palmeira do açaí é por vezes confundida, no estado do Pará, com a palmeira juçara, embora juçara seja outro tipo de palmeira, que dá palmito de excelente qualidade. [Em linha]. Consultado em 09/11/2018. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/A%C3%A7a%C3%AD>.

15 FUNDACENTRO, vinculado ao Ministério do

12 Idem – Op. Cit. p. 23.

13 Idem – Op. Cit. p. 25.

PEABIRU¹⁶ realizaram pesquisa a respeito, onde se concluiu que os coletores de açaí se expõem: a caminhadas na várzea, com riscos de picadas de cobras, escorpiões; atravessam pontes improvisadas e correm o risco de tombos; a exposição demasiada ao sol; a desgaste físico com a subida no açazeiro, além de riscos com cortes - corta-se o cacho do açaí com facão - e quedas.¹⁷

Ressalta a autora Suzy Koury que “a atividade extrativista do açaí enquadra-se nas piores formas de trabalho infantil, devido ao esforço físico intenso, posturas viciosas, exposição à radiação solar, dentre outros riscos ocupacionais.”¹⁸

Continuando, afirma que é um trabalho invisível, pois não é divulgada a forma como se dá a extração e quem a efetua, não havendo denúncia aos consumidores das “condições de produção do que estão adquirindo” e, por fim, sugere, quase na forma de um apelo, que a coleta do açaí, por crianças e adolescentes, seja incluída na Lista TIP – Trabalhos Infantis e Perigosos, cuja criação decorre da Convenção

Trabalho, é uma instituição de pesquisa e estudos relacionados à segurança, higiene e medicina do trabalho.

16 O Instituto Peabiru é uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público e tem como missão “Facilitar processos de fortalecimento da organização social e da valorização da sociobiodiversidade para que as populações extrativistas e os agricultores familiares da Amazônia sejam protagonistas de sua realidade.” O Peabiru atua nacionalmente, com atenção para a Amazônia Oriental – Pará (Marajó, ao Salgado Paraense e Belém Ribeirinha), Amapá e Maranhão. Com 20 anos de atuação e sede em Belém, Pará. Consultado em 09/11/2018. Disponível em <https://peabiru.org.br/quem-somos/>.

17 KOURY, Suzy Elizabeth Cavalete – O trabalho infantil na colheita do açaí na Ilha de Marajó-PA. in **Trabalho Decente**. São Paulo: LTr Editora, 2017. p. 52.

18 Idem – **Op. Cit.** p. 53.

nº 182 da OIT.¹⁹

Outro grave problema no Brasil está relacionado ao trabalho infantil doméstico, apesar de existirem diversos programas do governo federal no sentido de inibir esse tipo de trabalho.

O Tribunal Superior do Trabalho tem feito campanhas contra o trabalho infantil²⁰, pois em 2015, cerca de 3,3 milhões de crianças trabalhavam no Brasil, com idades entre 5 e 17 anos.

Anualmente, o Tribunal Superior do Trabalho promove conferências para tratar do assunto e lança campanhas, em nível nacional, com o objetivo de conscientizar a sociedade e de erradicar o trabalho infantil. O último seminário ocorreu em outubro/2018, em Brasília, com o tema “Seminário Nacional de Combate ao Trabalho Infantil e de Estímulo à aprendizagem”.²¹

A proibição do trabalho doméstico ao menor de 18 anos já vigorava no Brasil, desde 2008, quando da edição do Decreto nº 6.481,

19 Idem – **Op. Cit.** p. 55.

20 Programa de Combate do Trabalho Infantil da Justiça do Trabalho. Consultado em 19/11/2018. Disponível em <http://www.domesticalegal.com.br>.

21 Seminário Nacional de Combate ao Trabalho Infantil e de Estímulo à aprendizagem. Esse Seminário teve como foco a vinculação da erradicação do trabalho infantil com o programa da ONU; sistema de justiça no combate ao trabalho infantil; consequências do trabalho infantil; aprendizagem; prevenção e proteção, com o lema “Somos a primeira geração que pode erradicar a pobreza e a última geração que pode salvar o planeta”; controle de convencionalidade dos tratados internacionais; conscientização do papel dos juizes; dilema do uso de EPI’s- equipamentos de proteção individual, feito para adultos e utilizados precariamente por crianças; mortes de trabalhadores infantis; danos materiais e danos morais e extrapatrimoniais. A conferência de encerramento tratou do tema “Trabalho infantil: violação de direitos humanos fundamentais.” Consultado em 26.11.2018. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1540494783.74>.

de 12 de junho de 2008,²² que regulamentou alguns artigos da Convenção nº 182 da OIT. No entanto, a Lei Complementar 150/2015²³ regulamentou os direitos e deveres dos empregados domésticos e também trouxe a proibição do trabalho doméstico aos menores de 18 anos, em seu parágrafo único do art. 1º, faz menção a Convenção nº 182 da OIT e ao Decreto 6.481/2008.

O trabalho infantojuvenil no Brasil é um marco histórico, de longa data, quer por conta dos navios que aportavam nos portos brasileiros trazendo trabalhadores menores de idade, quer por conta da condição de miserabilidade enfrentada por inúmeras famílias. No dizer de Maria Zuila Lima Dutra “...é a dor da pobreza extrema que explica a razão de uma pessoa entregar sua filha para ser explorada, como doméstica, na casa de terceiros. Para esses pais, tal doação representa libertar sua filha da miséria, pois imaginam que ela terá escola, comida, teto, roupa, calçados e lazer garantidos.

22 Regulamenta os artigos 3º, alínea “d”, e 4º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 178, de 14 de dezembro de 1999, e promulgada pelo Decreto nº 3.597, de 12 de setembro de 2000, e dá outras providências. Consultado em 19/11/2018. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6481.htm.

23 Art. 1º Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei.

Parágrafo único. É vedada a contratação de menor de 18 (dezoito) anos para desempenho de trabalho doméstico, de acordo com a Convenção nº 182, de 1999, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e com o Decreto nº 6.481, de 12 de junho de 2008. Consultado em 19/11/2018. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm.

É a chance de um futuro diferente do seu.”²⁴

Segundo a autora, a exclusão social e a mão-de-obra barata alimentam esse tipo de trabalho. Normalmente, um adulto recebe salário superior ao de um menor, apesar deste cumprir jornada semelhante ou até superior ao de um adulto. Ainda, “...as razões atuais da utilização da mão-de-obra de crianças e adolescentes continuam sendo as mesmas da época da Revolução Industrial, tendo em vista que vivemos numa sociedade capitalista, onde a acumulação do capital é a força que impulsiona o seu desenvolvimento.”²⁵

A autora defende que não se pode aceitar o trabalho doméstico infantojuvenil, diante dos riscos ocupacionais à vida das crianças e jovens. Nesse sentido a Convenção nº 182 da OIT, assim os enumera: esforços físicos intensos; isolamento; abuso físico, psicológico e sexual; longas jornadas de trabalho; trabalho noturno; calor; exposição ao fogo, posições antiergonômicas e movimentos repetitivos; tracionamento da coluna vertebral; sobrecarga muscular e queda de nível. Ainda, nos ensina que, a região norte, em relação às demais regiões do Brasil, concentra maior número de trabalhadores infantis. O que se verifica é que o trabalho de meninas e meninos está presente em todo território nacional, trazendo prejuízos irreparáveis a essas crianças, vez que impedidos de brincar e estudar e, principalmente, que o trabalho infantojuvenil doméstico está concentrado entre as meninas, totalizando 93,7%, segundo dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), em 2011.

Assim, “O trabalho infantil que envolve

24 DUTRA, Maria Zuila – **Meninas Domésticas, Infâncias Destruidas**, in São Paulo: LTr, 2007. p. 71.

25 Idem - **Op. Cit.** p. 72.

situações de risco e exploração é uma traição a todos os direitos da criança como ser humano e uma ofensa à nossa civilização.”²⁶

Segundo a Prof. Maria Zuila Dutra, por outro lado, com base no art. 67 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, ECA-Estatuto da Criança e do Adolescente, é plenamente válido o trabalho do menor de 18 anos de idade quando: 1. empregado regido pela Consolidação das Leis do Trabalho; 2. o aprendiz, com base na legislação do trabalho e no ECA; 3. quando assistido por entidade governamental ou não governamental sem fins lucrativos, na forma do art. 68 do ECA.²⁷

Capítulo II

4. Direito do Trabalho e o princípio de proteção à dignidade do trabalhador

São muitas as transformações sofridas pelo Direito do trabalho ao longo dos tempos. Desde a Pré-história o homem já exercia alguma atividade, usando da força física para conseguir sobreviver e se alimentar. Na antiguidade, o trabalho era destinado a pobres e escravos e tinha por sentido a desonra.

No entender de Aristóteles e Platão, o homem digno não poderia trabalhar, pois o trabalho possuía o mesmo sentido de algo pejorativo, já que para ser exercido dependia de força física.

Pode-se afirmar que a escravidão foi

26 DUTRA, Maria Zuila – **Trabalho Infantil Doméstico aumenta no Pará**. Consulta em 19.11.2018. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/94316/2014_dutra_maria_trabalho_infantil.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

27 DUTRA, Maria Zuila – **Meninas Domésticas, Infâncias Destruídas**, in São Paulo: LTr, 2007. p. 64.

a primeira forma de trabalho exercida pelo homem. Em seguida vieram os servos que passaram a trabalhar em terras de senhores feudais. Após, surgiram as corporações de ofício, onde os companheiros (empregados que trabalhavam para os mestres) e os aprendizes (trabalhadores iniciantes) trabalhavam para os mestres (donos das oficinas).

A Revolução Francesa, de 1789, extinguiu as corporações de ofícios, diante da incompatibilidade com o senso de liberdade que passou a ser pregado.

No entanto, com a Revolução Industrial, parte dos trabalhadores foi substituída pelos teares e, nessa fase, o trabalho se dava em jornadas excessivas e desumanas.

Em decorrência desse fato e de muitas greves e revoltas da classe trabalhadora, surgem as primeiras leis, como a Lei de Peel, de 1802, que tinha por objetivo amparar os trabalhadores e aprendizes. Houve redução da jornada e normas de higiene e educação.

Em 1891, o Papa Leão XIII elabora a Encíclica *Rerum Novarum*, onde a igreja se envolve em questões trabalhistas e apresenta regras para a intervenção do estado na relação empregador/empregado, trazendo implemento para a doutrina social.

Ao término da Primeira Guerra, o direito do trabalho passa a ter maior relevância ao ser incluído em várias constituições no mundo, sendo denominada época do constitucionalismo social. A primeira a trazer leis trabalhistas foi a Constituição do México.

Com o Tratado de *Versalles*, de 1919, surge a OIT - Organização Internacional do Trabalho com o intuito de proteção das relações empregado e empregador, em âmbito internacional, sendo que em 1944, adotou-se a

Declaração da Filadélfia, que constitui a carta de princípios básicos e objetivos da OIT, que se resumem a quatro: o trabalho deve ser fonte de dignidade; o trabalho não é mercadoria; a pobreza é uma ameaça à prosperidade de todos, seja em que lugar for; todos os seres humanos têm o direito de perseguir o seu bem estar material em condições de liberdade e dignidade, segurança econômica e igualdade de oportunidades.²⁸

Em 1948 é publicada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, trazendo em seu bojo direitos trabalhistas, como a limitação da jornada, repouso, lazer e férias. Em novembro de 1959, foi aprovada a Declaração dos Direitos da Criança, por unanimidade, na Assembléia Geral das Nações Unidas, a qual enumera direitos e liberdades para as crianças, sendo que muitos desses direitos e liberdades já estão inseridos na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Nos dias atuais, o Direito do Trabalho é um ramo da ciência jurídica que objetiva a regulamentação das relações de trabalho, designando seus sujeitos na busca de uma melhoria da condição social do trabalhador, por meio de medidas de proteção.

No dizer de Guilherme Gray, “A promoção da *liberdade positiva do trabalhador* ... integra, pois, a teleologia do Direito do trabalho: visa-se garantir ao trabalhador um espaço de *liberdade real* no âmbito da relação laboral; um espaço de cidadania, em que este possa atuar de forma *livre* e com *dignidade*, sem ser alvo de *discriminações*; um espaço onde estejam garantidos os respectivos *direitos de*

28 **História da OIT.** 2017 [Em linha]. [Consulta em 20/10/2018]. Disponível em <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/historia/lang-pt/index.htm>.

personalidade e onde o trabalhador disponha de certas garantias ao nível de proteção do salário, das condições de trabalho e da proteção do emprego, condições essas que lhe permitam garantir, em suma, uma existência condigna.”²⁹

Um dos princípios do Direito do Trabalho é a proteção ao trabalhador, diante de sua hipossuficiência, pois não se separa a força produtiva do trabalhador da dignidade da pessoa humana. O que o Direito do Trabalho objetiva é a mínima proteção do trabalhador, no intuito de se diminuir as diferenças e trazer equilíbrio sócio-econômicos que existem na relação trabalhista.

Não se pode olvidar que a Constituição da República Portuguesa, dedica os artigos 53.º a 59.º aos Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores e ao Direito do Trabalho e a Constituição Federal do Brasil, de 1988, o Capítulo II, Dos direitos sociais, artigos 6.º e 7.º.

A par dos princípios protetivos que informam o Direito do Trabalho, encontram-se os fundamentos básicos do Estado brasileiro: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre-iniciativa e pluralismo políticos, insertos no art. 1.º da CF/1988.

Nesse sentido, podemos referendar o art. 1.º da Constituição da República de Portugal que estabelece que a soberania de Portugal está baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Em relação a dignidade da pessoa humana, esta envolve o direito à vida, direitos pessoais tradicionais, direitos econômicos, direito à educação, direito à saúde, direito às

29 DRAY, Guilherme – **O Princípio da Proteção do Trabalhador.** p. 39.

liberdades públicas e a direitos sociais.

Os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, possibilitam, através do trabalho que o ser humano consiga alcançar os bens da vida de proteção social.

É por meio do princípio da proteção, considerado o princípio maior do Direito do Trabalho, que se busca a regulamentação das relações de trabalho, para uma melhor condição social do trabalhador.

Considerando-se essa toada de direitos humanos e direitos fundamentais, no dizer de Canotilho, são expressões que normalmente se apresentam como sinônimas. No entanto, “...**direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”³⁰

Segundo Bezerra Leite, “... a origem dos direitos sociais se confunde com a própria história do direito do trabalho”³¹ e segundo José Afonso da Silva, os direitos sociais são considerados como dimensão dos direitos fundamentais.³² Não podemos olvidar que a Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919, como parte do Tratado de Versalhes,

que pôs fim à Primeira Guerra Mundial, objetiva a promoção da justiça social, a normatização e fiscalização das relações de trabalho e se tratando de uma organização voltada para o trabalho é o órgão responsável pela aplicação de normas internacionais do trabalho para a preservação da dignidade humana e melhores condições humanas para a classe trabalhadora.

Desta forma, o trabalho deve ser prestado em condições decentes em respeito à dignidade da pessoa humana. Continua Bezerra Leite, que direitos fundamentais, expressão contida no Título II da Constituição Brasileira de 1988, “é corolário da construção teórica dos direitos humanos, porquanto calcada na trilogia universal da humanidade: a vida, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.”³³

Daí a necessidade de tutela especial do estado em relação ao trabalho das crianças e adolescentes, mulheres, trabalhadores em condições de risco à saúde, à integridade física, trabalho escravo ou práticas análogas, etc.

Especificamente, em relação ao trabalho das crianças e adolescentes, além de se buscar a erradicação do trabalho infantil, não se pode admitir o trabalho em suas piores formas, ainda que se permita o trabalho em idade inferior a 18 anos, como referido em tópico anterior.

No caso de trabalho sob a forma de escravidão, no Brasil, o art. 149 do Código Penal, o tipifica como crime de redução a condição análoga à de escravo, com aumento da pena quando o crime for cometido contra criança ou adolescente e, em instrumentos internacionais, pode-se mencionar a Convenção da OIT nº 29,³⁴ de 1930, sobre o trabalho forçado e a

30 CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 393.

31 LEITE, Carlos Henrique Bezerra – **Curso de Direito do Trabalho**. p. 45.

32 SILVA, José Afonso, apud LEITE, Carlos Henrique Bezerra – **Curso de Direito do Trabalho**. p. 46.

33 Idem – **Op. Cit.** p. 508.

34 “A OIT promoveu a modernização da Convenção n. 29 da OIT, realizada na 103ª sessão da Conferência

Convenção Suplementar das Nações Unidas sobre a abolição da escravidão, o tráfico de escravos e as instituições e práticas análogas à escravidão, de 1956, promulgada pelo Decreto nº 58.563/66.

Além disso, a exploração do trabalho infantil acarreta maior incidência de acidentes de trabalho, baixos salários, contratos informais, aumenta o índice de desemprego para os adultos e, em relação à criança, pode causar prejuízos ao desenvolvimento físico e psíquico, além de fuga escolar.

5. Trabalho Infantil no mundo e os instrumentos normativos:

Segundo o Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF, o trabalho é prejudicial ao desenvolvimento de crianças e adolescentes, quando realizados nas seguintes condições: 1. em tempo integral e, em idade muito jovem; 2. o de longas jornadas; 3. o que conduza a situações de estresse físico, social ou psicológico; 4. o que seja prejudicial ao pleno desenvolvimento psicossocial; 5. o exercido nas ruas em risco para a saúde e integridade física e moral das crianças; 6. aquele incompatível com a frequência à escola; 7. o que exija responsabilidades excessivas para a idade; 8. o que comprometa e ameace a dignidade e a autoestima da criança, em particular quando relacionado com o trabalho forçado e com a exploração sexual; 10.

.....
Internacional do Trabalho de 2014, culminando em dois novos documentos: o protocolo adicional à Convenção e a respectiva recomendação. A preocupação dos novos instrumentos é o de reconhecer que o trabalho forçado não é apenas uma grave violação de um direito humano fundamental, mas também uma das principais causas da pobreza e um obstáculo para o desenvolvimento econômico.” ROCHA, Cláudio Jannotti da – **Direito Internacional do Trabalho**. p. 420.

trabalhos sub-remunerados.³⁵

Realizada a 18ª Conferência Internacional de Estatísticas do Trabalho da Organização Internacional do Trabalho – OIT de 2008, quando se adotou a Resolução II, foi estabelecida uma nova definição de trabalho infantil, incluindo-se as atividades econômicas, domésticas (até as não remuneradas).

Desta forma, trabalho infantil refere-se: 1. às piores formas de trabalho infantil, incluindo trabalho escravo, prostituição e pornografia, atividades ilícitas e que apresentem riscos à saúde, segurança ou integridade moral, nos termos da Convenção nº 182 da OIT; 2. todas as atividades empregatícias realizadas por menores de 15 anos de idade, conforme a Convenção nº 138 da OIT; 3. atividades domésticas, incluindo afazeres domésticos realizados por longo período de horas, em ambiente insalubre, em localizações perigosas, ou com uso de equipamentos perigosos ou pesados.³⁶

A Convenção nº 182 da OIT - Convenção sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para a sua Eliminação - foram ratificadas e adotadas pelo Brasil, respectivamente, pelo Decreto nº 3.597, de 12 de setembro de 2000 e pelo Decreto 6.481, de 12 de junho de 2008, que listam mais de 93 piores formas de trabalho. É a lista mais extensa dos países que a ratificaram. Quando um país ratifica a Convenção nº 182, ele tem liberdade de criar a lista de acordo com as piores formas encontradas em seu território.

.....
35 PIOVESAN, Flávia e DE LUCA, Gabriela – Gênese e atualidade da proteção ao trabalho infantil nas normas internacionais: trabalho infantil como violação aos direitos humanos. p. 362.

36 Idem – **Op. cit.** p. 363.

Piores formas de trabalho infantil estão previstas no art. 3º da Convenção 182: a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, tais como a venda e tráfico de crianças, a servidão por dívidas e a condição de servo, e o trabalho forçado ou obrigatório, inclusive o recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados; b) a utilização, o recrutamento ou a oferta de crianças para a prostituição, a produção de pornografia ou atuações pornográficas; c) a utilização, recrutamento ou a oferta de crianças para a realização de atividades ilícitas, em particular a produção e o tráfico de entorpecentes, tais como definidos nos tratados internacionais pertinentes; d) o trabalho que, por sua natureza ou pelas condições em que é realizado, é suscetível de prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças.³⁷

A Convenção nº 182 da OIT, no dizer de Azevedo Neto, vai além da preocupação com a forma de trabalho infantil ou a idade mínima para o trabalho, pois tem por objetivo: “ ... tratar do que são consideradas as piores formas como situações de urgência, que devem ter prioridade no combate do trabalho infantil, sem prejuízo de ações que visem a acabar com esse tipo de labor em definitivo e em qualquer forma. Nesse diapasão, a Convenção trouxe um elenco, não taxativo, do que seria considerado como casos emergenciais de tratamento, colocando holofotes sobre certas hipóteses que merecem atenção especial”.³⁸

37 Decreto nº 3.597/2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3597.htm. Decreto nº 6.481/2008. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm.

38 AZEVEDO NETO, apud ALVARENGA, Rubia

A Convenção nº 182 da OIT, é complementada por dois protocolos facultativos. Um deles trata da venda de crianças, da prostituição infantil e pornografia infantil e o outro do envolvimento de crianças em conflitos armados.³⁹

A declaração de Genebra dos Direitos das Crianças, adotada pela Liga das Nações em 1924, praticamente, foi o primeiro instrumento internacional a reconhecer que as crianças deveriam ser protegidas. Traz em seu corpo princípios que devem ser adotados pelos Estados: as crianças devem ter acesso aos meios necessários para seu desenvolvimento material e espiritual; ajuda em situação de fome, doença, incapacidade, orfandade ou delinqüência; prioridade no alívio em situações de risco; proteção contra a exploração; formação orientada para a vida em sociedade.

Outro instrumento internacional que reconhece direitos específicos às crianças é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948. O art. XXV, item 2, estabelece que “a maternidade e a infância tem direito a cuidados e assistência especial. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social”. Merece destaque esse instrumento internacional, por ser um marco na história dos direitos humanos, pois pela primeira vez, estabeleceu-se proteção

Zanotelli de – **A Declaração de princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1998 e as convenções fundamentais da OIT comentadas**. p. 89.

39 Decreto nº 5.007, de 8 de março de 2004, que Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil. [Consult. em 19/11/2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5007.htm.

universal dos direitos humanos.⁴⁰

Em 1959 foi aprovada a Declaração dos Direitos da Criança, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, considerada Carta Magna para as crianças de todo o mundo e oficializada como lei internacional. Possui dez princípios, dentre eles, o 9º princípio que estabelece a proteção da criança em relação ao trabalho: “Não se deverá permitir que a criança trabalhe antes de uma idade mínima adequada; em caso algum será permitido que a criança dedique-se, ou a ela se imponha, qualquer ocupação ou emprego que possa prejudicar sua saúde ou sua educação, ou impedir seu desenvolvimento físico, mental ou moral”. Em 2007, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou nova Declaração sobre a Criança, a qual foi firmada por mais de 140 países, reafirmando o compromisso com a Convenção sobre os Direitos da Criança e seus Protocolos Facultativos. A Convenção sobre os Direitos da Criança é um dos instrumentos de direitos humanos mais aceitos na história mundial, sendo ratificado por 196 países. Os Estados Unidos não a ratificaram, apesar de demonstrarem interesse em fazê-lo.⁴¹

A Convenção sobre os Direitos da Criança pode ser considerada um marco na questão das políticas públicas no Brasil, pois daí nasceu o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei nº 8.069/1990 e que regulamentou o art. 227 da CF/1988.

Diversos instrumentos internacionais da ONU incorporaram a proteção especial dos direitos da criança, como o Pacto Internacional

40 Declaração Universal dos Direitos do Homem. [Consult. em 19/11/2018]. Disponível em <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao>.

41 Declaração dos Direitos da Criança. [Consult. em 19/11/2018]. Disponível em https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.html.

de Direitos Civis Políticos de 1966, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, estabelece que os Estados-partes devem adotar medidas especiais de proteção a crianças e adolescentes, com limites de idade para as atividades laborais.

Por meio de Decretos Presidenciais nº 5.006/2004 e 5.007/2004, o Brasil adotou dois protocolos facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança: 1. Protocolo relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, estabelece o limite de 18 anos de idade para o recrutamento nas forças armadas e menores de 18 anos que se alistem voluntariamente terão garantido o direito de não entrarem em combate. 2. e Protocolo Relativo à Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantis prevê a criminalização desse procedimento e providências para cooperação internacional em relação ao tráfico, condenação dos envolvidos, proteção e assistência às vítimas e crianças, além da conscientização pública.

Em relação a OIT, ressalta-se a Convenção nº 138/1973, referente a idade mínima para admissão ao emprego, item 3, a qual recomenda, no art. 2º, a idade mínima de 16 anos para o trabalho; inicialmente 14 anos para os casos de países pobres; 18 anos para trabalho de risco à saúde, segurança ou moralidade do trabalhador.

A Recomendação nº 146 da OIT, referente à idade mínima para admissão ao emprego, apresenta procedimentos de efetiva atuação da Convenção nº 138.

A Convenção nº 138 da OIT e a Recomendação nº 146 da OIT, foram promulgadas pelo Brasil, por meio do Decreto

Presidencial nº 4.134, de 2002.⁴²

Em 1998, a OIT adotou a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, estabelecendo garantias mínimas e direitos fundamentais dos trabalhadores e a erradicação do trabalho infantil.

Publicada em 1999, pela OIT, a Convenção nº 182 referente às Piores Formas de Trabalho Infantil, como forma de complemento à Convenção sobre os Direitos da Criança, em conjunto com a Recomendação nº 190.⁴³

A Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 – Pacto de San José da Costa Rica – foi promulgada pelo Brasil em 1992, através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Em seu artigo 19º, estabelece que “toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.”⁴⁴

Em 30 de dezembro de 1999, o Brasil promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de San Salvador – de 1988⁴⁵, o qual

42 Decreto nº 4.134, de 15 de fevereiro de 2002, que Promulga a Convenção nº 138 e a Recomendação nº 146 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Idade Mínima de Admissão ao Emprego. [Consult. em 20/11/2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4134.htm.

43 Decreto nº 3.597, de 12 de setembro de 2000, que Promulga Convenção 182 e a Recomendação 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação, concluídas em Genebra, em 17 de junho de 1999. [Consult. em 20/11/2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3597.htm.

44 Convenção Americana de Direitos Humanos. [Consult. em 20/11/2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm.

45 Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. [Consult. em 20/11/2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm.

se reporta a questão do trabalho de crianças e adolescentes, no art. 7º-f: “Proibição de trabalho noturno ou em atividades insalubres ou perigosas para os menores de 18 anos e, em geral, de todo trabalho que possa pôr em perigo sua saúde, segurança ou moral. Quando se tratar de menores de 16 anos, a jornada de trabalho deverá subordinar-se às disposições sobre ensino obrigatório e, em nenhum caso, poderá constituir impedimento à assistência escolar ou limitação para beneficiar-se da instrução recebida.”⁴⁶

A Resolução AG/Res. nº 1.951, de 2003, referente a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos da Infância nas Américas, por meio da OEA, em seu artigo 1º reafirma “a importância fundamental que a promoção e proteção dos direitos humanos da criança tem para o futuro do Hemisfério.” No art. 5º, exorta “os Estados membros a que velem pela incorporação dos direitos da criança na agenda de trabalho dos organismos e conferências especializados e órgãos e entidades da Organização para atender às necessidades específicas da infância...”⁴⁷

Em seguida, a OEA também adotou a Resolução AG/Res. nº 1.709, de 2000, exortando aos Estados-membros que ratifiquem o Protocolo facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados e a Convenção nº 182 da OIT, sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil e a Resolução AG/Res. nº 2.432,

46 Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de San Salvador. [Consult. em 20/11/2018]. Disponível em http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm.

47 Resolução AG/Res. nº 1951, de 2003. [Consult. em 20/11/2018]. Disponível em <http://www.oas.org/juridico/portuguese/ag03/agres1951.htm>.

de 2008, que os Estados-membros ratifiquem o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis.⁴⁸

A Convenção Europeia de Direitos Humanos foi adotada pelo Conselho da Europa em 1950 e, mesmo não se referindo aos direitos de crianças e adolescentes, houve a criação da Corte Europeia de Direitos Humanos que exerce influência nas decisões relacionadas aos direitos humanos.

Importante a Directiva nº 94/33/EC, em 1994, referente a Proteção dos Jovens no Trabalho, foi adotada pela União Europeia no combate ao trabalho infantil e exorta os Estados-membros para adotarem idade mínima para o emprego e o número máximo de horas de trabalho, descanso, trabalho noturno e férias.⁴⁹

A Carta Social Europeia, adotada pelo Conselho da Europa em 1.961 e revisada em 1.996, estabelece que “As crianças e adolescentes têm direito a uma proteção especial contra os perigos físicos e morais a que se encontrem expostos.” e, no artigo 7º, com o objetivo de assegurar proteção ao efetivo exercício dos direitos de crianças e adolescentes, dentre outros, fixa critérios de idade mínima de admissão ao emprego; proíbe que crianças em idade escolar obrigatória se empreguem em trabalhos que as impeça de ir à escola; limita a duração do trabalho; reconhece o direito de adolescentes e aprendizes à remuneração justa; proíbe trabalho em horário noturno a menores

48 PIOVESAN, Flávia e DE LUCA, Gabriela – Gênese e atualidade da proteção ao trabalho infantil nas normas internacionais: trabalho infantil como violação aos direitos humanos. p. 369.

49 Directiva nº 94/33/EC, em 1994 [Consult. em 20/11/2018]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:31994L0033>.

de 18 anos.⁵⁰

Há notícias que a primeira vez que um caso de trabalho infantil foi submetido ao sistema europeu de proteção de direitos humanos, ocorreu em 1998, quando o Comitê Europeu dos Direitos Sociais examinou o caso entre “International Commission of Jurists e Portugal”. Houve denúncia apresentada pela International Commission of Jurists de que o Estado de Portugal teria sido omissos em fiscalizar a ocorrência de trabalho infantil no país e, assim, teria violado o art. 7º.1 da Carta Social Europeia. A importância desse caso se deu no sentido de que Portugal passasse a adotar medidas no combate ao trabalho infantil e que reformasse sua Constituição, proibindo a admissão ao emprego de crianças em idade escolar e elevar a idade mínima para o trabalho, além de definir os termos em que menores de 18 anos pudessem realizar atividades laborais.⁵¹

A Carta dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores⁵², foi adotada em 1989 pelos Estados-membros da União Europeia, a qual estabeleceu princípios ligados à formação profissional, à proteção social, à igualdade de oportunidade e à saúde e segurança no trabalho. Ainda, limitou a idade mínima de 15 anos para o emprego. No ano de 2.000, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia incorporou parte dos enunciados na Carta Social Europeia e na Carta dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, em relação

50 Carta Social Europeia. [Consult. em 20/11/2018]. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/7.htm>.

51 PIOVESAN, Flávia e DE LUCA, Gabriela – Gênese e atualidade da proteção ao trabalho infantil nas normas internacionais: trabalho infantil como violação aos direitos humanos. p. 374.

52 Idem – **Op. cit.** p. 376.

aos direitos sociais, econômicos, culturais, civis e políticos que são detentores os cidadãos europeus. Os artigos 24 e 32 fazem referência expressa ao trabalho infantil, o primeiro em relação à proteção e cuidados ao bem estar e o segundo, proíbe o trabalho infantil. “A Carta dos Direitos Fundamentais foi essencial para a construção da proposta final do tratado que estabelece uma Constituição para a Europa.”⁵³

6. Combate e erradicação do trabalho infantil no Brasil:

Há mais de duas décadas que o Estado Brasileiro tem se voltado para o combate e erradicação do trabalho infantil, por meio de programas e ações na área social, cujo foco são crianças e o adolescentes, englobando áreas de trabalho, educação, saúde, cultura, direitos humanos e previdência social.

Atualmente, o Brasil conta com algumas políticas públicas no sentido de erradicar o trabalho infantil, garantir a cidadania e socializar a criança e o adolescente. Para tanto, há vários programas do governo federal, criados exatamente com esse objetivo, os quais asseguram o sustento da criança e da família, bem como a educação das crianças e adolescentes. Esses programas asseguram a efetividade da educação escolar, além da inserção dessas crianças e adolescentes em atividades ligadas ao esporte, lazer e cultura.

De modo geral, esses programas garantem à família assistida, uma bolsa mensal para cada filho com idade de 7 a 15 anos que deixe de trabalhar e que freqüente a escola e participe de atividades esportivas, culturais, lazer e, se

necessário, de reforço escolar.

Um dos principais programas que se tem notícia é o PETI - Programa de Erradicação do Trabalho Infantil⁵⁴, com início em 1996, em conjunto com o Governo Federal e a Organização Internacional do Trabalho – OIT, cujo objetivo era o combate do trabalho de crianças em carvoarias, mas logo em seguida, foi implantado em todo o país.

O PETI foi integrado ao Programa Bolsa Família, em 2005 e, posteriormente, foi instituído pela Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), sendo integrado à Política Nacional de Assistência Social e, a partir de 2013, por conta das alterações verificadas em razão do Censo IBGE 2010, o programa passou a atuar na área da prevenção e erradicação do trabalho infantil, nos termos do Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador, em conjunto com a Carta de Constituição de Estratégias em Defesa da Proteção Integral dos Direitos da Criança e do Adolescente, em conjunto com outros programas como o Fome Zero e o Bolsa família.

Também, na área social, foi instituído em 1986, o projeto e campanha Criança Esperança, reconhecido pela ONU, em parceria com a UNESCO. Esse projeto foi lançado em um programa de televisão e até esse ano, 2018, 33ª edição, foram assistidas mais de 4 milhões de crianças e adolescentes e arrecadados cerca de 350 milhões de Reais em doações.

Em relação a educação, podemos citar alguns projetos que contribuem para o aprimoramento da cultura e educação e que

53 Idem – **ibidem**.

54 PETI - Programa de erradicação do trabalho infantil. [Consult. em 25/11/2018]. Disponível em <http://mds.gov.br/assuntos/assistencia-social/servicos-e-programas/peti/peti>.

conta com trabalho voluntário, ações solidárias em parceria com empresas públicas e privadas e conselhos de educação: programa nacional do livro didático, de saúde escolar, de aceleração de aprendizagem, de alfabetização de jovens e adultos, toda criança na escola, educação profissional básica, valorização do ensino e do magistério, amigos da escola, etc.

Em relação ao trabalho, emprego e renda, podem ser citados vários programas que são financiados pelo FAT-Fundo de Amparo ao Trabalhador: programa de geração de emprego e renda nas áreas urbanas e rurais, programa nacional de qualificação profissional (coordenado pelo Ministério do Trabalho) e programa nacional de fortalecimento da agricultura familiar (coordenado pelo Ministério da Agricultura).

Na área da saúde, há o Programa Saúde da Família e o Sistema único de saúde, também, tem o dever de prestar informações aos pais, crianças e adolescentes dos malefícios do trabalho infantil.

Na área da assistência social, há o programa Bolsa criança cidadã, que visa o retorno das crianças que trabalham à escola.

Em relação aos direitos humanos e justiça, podemos citar o programa nacional de direitos humanos, que objetiva a proteção e integridade física das pessoas, com integração do Ministério da Justiça, Ministério da Previdência Social, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e o Fundo das Nações Unidas para a Infância. Ainda, o Programa Comunidade solidária que combate a fome e exclusão social.

Há outros programas não governamentais que atuam na aplicação do ECA-Estatuto da Criança e do Adolescente, em parceria com a UNICEF, CONANDA e Ministério da Justiça,

em apoio aos conselhos tutelares; Fundação Abrinq, que estimula que não haja trabalho infantil e emite selos de qualidade identificando empresas que não usam mão de obra infantil; Instituto Pró-criança, combate o trabalho infantil, na área industrial de calçados; Abrapia, que desenvolve programas de proteção à criança e adolescente, relacionados à erradicação do trabalho, exploração sexual e mastratos familiares.⁵⁵

Em relação à cooperação internacional, o Brasil conta com projetos e programas com a UNICEF, OIT, UNESCO e outras. Como exemplo, o IPEC, implementado em 1992 pela OIT, com o objetivo de eliminar o trabalho infantil, através do fortalecimento da capacidade dos países para combater o trabalho infantil, sendo alvos as crianças que trabalham expostas a insalubridade, a ocupações perigosas e com idade inferior a 12 anos.⁵⁶

Nesse ano, de 2018, o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁷, completou 28 anos de existência, daremos destaque a alguns artigos que se referem ao trabalho infantil e à profissionalização de adolescentes em idade permitida por lei.

É expressa a proibição do trabalho sob qualquer forma, até os 13 anos de idade,

55 [Consult. em 26/11/2018]. Disponível em: CONANDA: <http://www.direitosdacrianca.gov.br/>; ABRINQ: <http://doe.fadc.org.br/>; Instituto Pró-criança: <http://www.institutoprocrianca.com.br/home>; ABRAPIA: http://www.ripsa.org.br/lis/resource/16729#.W_wvxOhKjcc.

56 IPEC-Programa Internacional para a eliminação do trabalho infantil. [Consult. em 26/11/2018]. Disponível em: http://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-infantil/WCMS_565238/lang--pt/index.htm.

57 Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – ECA- Estatuto da Criança e do Adolescente. [Consult. em 26/11/2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm.

sendo admitido na forma de aprendizagem, a partir dos 14 anos, com vedação quanto ao trabalho noturno, insalubre e perigoso, para contratações com carteira de trabalho assinada de trabalhadores com 16 e 17 anos. Há penalidade para os que violam os direitos previstos pelo ECA.

Sobre o trabalho infantil, assim está disposto no art. 4º: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”

Referido artigo reproduz parcialmente o art. 227 da CF/1988, o qual estabelece como dever da família, da sociedade e do Estado, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O art. 53, dispõe sobre o direito à educação, visando o desenvolvimento da criança e do adolescente, no preparo para o exercício da cidadania e da qualificação ao trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT⁵⁸, nos artigos 402 e 441, estabelece as condições para o trabalho de jovens de 14 a 17 anos, além de fazer referências a outros textos de lei como a Lei do Aprendiz⁵⁹ e o Decreto

58 Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. [Consult. em 26/11/2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm.

59 Lei nº 10.097, de 19 de dezembro de 2000. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. [Consult. em 26/11/2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10097.htm.

nº 9.579, de 22 de novembro de 2018 que, dentre outros, regulamenta o contrato de aprendizagem.⁶⁰

7. Conclusão:

“Trabalho Infantil: você não vê, mas existe”. Kailash Satyarthi, Prêmio Nobel da Paz, em 2014.

Essa investigação sobre o trabalho infantil e de adolescentes, nos leva à conclusão que, infelizmente, ainda há muito que se fazer para combatê-lo. Ao mesmo tempo, nos passa a impressão de que muito foi feito e que houve um grande avanço.

O combate é uma árdua tarefa da sociedade como um todo, até em termos globais, mais ainda a pretensão em erradicá-lo, o que não é impossível. Ações efetivas e leis que punem exemplarmente é que irão determinar o extermínio desse tipo de trabalho, colocando uma pá de cal na retrógrada cultura de que “é melhor ter uma criança ou adolescente trabalhando do que nas ruas”. O trabalho realizado precocemente não resolve problemas de marginalidade. Esta se combate com educação, cultura, lazer, diminuição de pobreza, dentre outros aspectos.

O trabalho na idade infantil retira da criança o direito de ser criança, como já explanado

60 Decreto nº 9.579, de 22 de novembro de 2018, Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre a temática do lactente, da criança e do adolescente e do aprendiz, e sobre o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, o Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente e os programas federais da criança e do adolescente, e dá outras providências. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. [Consult. em 26/11/2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9579.htm#art126.

anteriormente. Há a perda da infância, sem nenhuma possibilidade de retorno.

O trabalho infantil e do adolescente é grave, desumano, viola direitos humanos, sociais e fundamentais, até mesmo a perda da dignidade humana. A constatação das razões pelas quais ocorre o trabalho infantil é muito triste, vez que relacionado a aspectos de pobreza, miséria, exclusão social, discriminação, falta de cultura, desajuste familiar, desemprego de adultos, baixos salários, etc.

A legislação referida nessa investigação, seja ela nacional ou não, nos leva a concluir que há efetivamente a preocupação com a busca em minimizar o problema do trabalho infantil, até mesmo sua erradicação. Considerando-se que a causa da existência do trabalho infantil está ligado à falta de renda, pobreza e miserabilidade, ações devem se voltar no sentido de solucionar o problema, mas não de forma paliativa. Devem ser garantidos meios sustentáveis de inserir esse grupo marginalizado na sociedade para que possam ter acesso, ao mínimo necessário para a sobrevivência, dignidade e inclusão.

Não se pode olvidar que a educação é peça chave para a resolução desse tão grave problema, aliado a outros fatores como a inserção dos vitimados na sociedade, medidas que visem a erradicação da fome, da pobreza e da miséria, cuidados com a saúde e sustentabilidade.

Erradicar o trabalho infantil é devolver a dignidade a esses trabalhadores e, como consequência, a promoção do desenvolvimento social, cultural, econômico e tecnológico do país em que vivem.

O êxito somente será visto, quando houver a união do Estado, da família e da sociedade na defesa dos direitos de crianças e adolescentes,

visando a educação.

“Ferramenta de criança é lápis”.⁶¹

8. Fontes:

8.1. Fontes Documentais:

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, de 25 de abril de 1976, 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6809-1.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, Vade mecum, 9.ª ed. São Paulo: RT, 2017, ISBN 978-85-203-7085-8.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. [Em linha]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm

8.2. Bibliografia

ALVARENGA, RUBIAZANOTELLI DE - A Declaração de princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1998 e as convenções fundamentais da OIT comentadas. São Paulo: Ed. LTr, 2018, ISBN 978-85-361-9566-7.

CANOTILHO, J.J. Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição, 18ª reimpressão. Coimbra: Ed. Almedina, ISBN 978-972-40-2106-5.

DRAY, Guilherme – O Princípio da Proteção do Trabalhador. Coimbra: Ed. Almedina, 2015, ISBN 978-972-40-5900-6.

61 LEIRIA, Maria de Lourdes – Trabalho Infantil – Trabalho que ceifa a infância, oportunidade e vidas. In **Trabalho Decente**. p. 66.

DUTRA, MARIA ZUILA LIMA – Meninas Domésticas, Infâncias destruídas. São Paulo: Ed. LTr, 2007, ISBN 978-85-361-1033-2.

HAIM GRUNSPUN, O Trabalho das Crianças e dos Adolescentes. São Paulo: Ed. LTr, 2000, ISBN 85-7322-837-7.

JAMES MAGNO ARAÚJO FARIAS, Trabalho Decente. São Paulo: Ed. LTr, 2017, ISBN 978-85-361-9415-8.

LEITE, CARLOS HENRIQUE BEZERRA– Curso de Direito do Trabalho. 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, ISBN 978-85-02-22518-3.

OLIVEIRA, ORIS DE, Trabalho Infantil – Mitos, Realidades e Perspectivas. São Paulo: Ed. LTr, 2016, ISBN 978-85-361-9018-1.

PIOVESAN, FLÁVIA e LUCA, GABRIELA DE – Criança, Adolescente, Trabalho. São Paulo: Ed. LTr, 2010, ISBN 978-85-361-1638-9.

ROCHA , CLÁUDIO JANNOTTI DA e outros – Direito Internacional do Trabalho. São Paulo: Ed. LTr, 2018, ISBN 978-85-361-9688-6.

A PROTEÇÃO À MATERNIDADE: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONVENÇÃO 103 DA OIT E DA LEI 13.467/2017

Flavia Farias de Arruda Corseuil

Mariana Cavarra Bortolon Varejão

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho, abordamos da Lei 13.467/2017, conhecida como Lei da Reforma Trabalhista (LRT), em face da Convenção 103 da OIT que, ratificada pelo Brasil, não obstante foi sendo gradativamente assimilada por Constituições do período republicano.

A pesquisa faz uma recapitulação de como as Constituições brasileiras incorporaram o escopo de proteção à maternidade, preparando, na sequência, um debate entre os arts. 394-A e 396 da CLT com as formulações sexagenárias do direito internacional.

Com o atual cenário sócioeconômico, em que medida a LRT fomentou e/ou retrocedeu aos termos enunciados pela OIT?

2 PROTEÇÃO À MATERNIDADE NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

A proteção à maternidade no direito brasileiro somente foi invocada na Constituição de 1934. Antes disso, no Brasil Colônia, no Brasil Império e na República Velha, não houve citação de qualquer forma de proteção ao trabalho da mulher nas constituições brasileiras.

A história da proteção do trabalho da mulher é a história de luta das mulheres, não só pela sua inserção no mercado de trabalho, mas pela sua emancipação em relação aos homens e pela briga contra a incessante discriminação. Entretanto não é correto pensar que o trabalho feminino iniciou-se apenas com a Constituição de 1934, ou pouco antes dela. O trabalho da mulher existe desde o Brasil Colônia.



Flavia Farias de Arruda Corseuil

Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Juíza do Trabalho Substituta, TRT 15.



Mariana Cavarra Bortolon Varejão

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Juíza do Trabalho Substituta, TRT 15.

É claro que, no Brasil Colônia, não se pode falar em uma economia brasileira, já que toda riqueza produzida era remetida à Portugal. Deste modo, a mão de obra era essencialmente escravagista, nesta incluída a mão de obra feminina.

É entre a numerosa leva de escravos que chegaram nesses séculos ao Brasil que se encontra a grande maioria da mão-de-obra feminina da época. Aumentavam-lhe o percentual as índias cativas, mas essas eram em número bem inferior à mão-de-obra negra, vez que era proibido escravizar os nativos, posto que a Coroa lucrava também com o tráfico de escravos. (CALIL, 2007, p. 19)

Ainda segundo Calil (2007, p. 19-20), às mulheres brancas e livres, pouco numerosas à época, restava essencialmente o papel de esposa e educadora dos próprios filhos.

No Brasil Império, com a independência em 1822, pouca coisa mudou. O escravagismo continuou sendo a principal base de mão de obra da economia. É importante lembrar que, nessa época, as mulheres abastadas se dedicavam apenas ao lar, mas às mulheres pobres e às escravas era necessário o trabalho, o que era malvisto e gerava discriminação (CALIL, 2007, p. 22).

O início da República trouxe mudanças. Em 1888, foi abolida a escravidão pela Lei Áurea. Em 1889, ocorreu o fim da Monarquia, iniciando-se a República. Com a libertação dos escravos, houve um esvaziamento da mão de obra no meio rural, o que incentivou a imigração europeia ao Brasil.

A imigração desempenhou um papel importante na criação das leis trabalhistas no

Brasil, e, também, no surgimento das normas protetivas ao trabalho da mulher. Na Europa, a consciência de classe já havia se iniciado e se desenvolvido, de modo que a imigração italiana do pós-guerra também teve papel fundamental no surgimento do sindicalismo brasileiro.¹

Não é à toa que em 1912 teve início, no Congresso Nacional, um projeto de Código do Trabalho, o qual previa parte específica sobre o trabalho da mulher. De acordo com Calil (2007),

Seu texto previa que a mulher poderia contratar emprego independente da autorização marital, que lhe era proibido o trabalho noturno, que sua jornada estava limitada a 8 horas diárias e que poderia se licenciar entre 15 a 25 dias antes do parto e até 25 dias depois, garantido o retorno ao emprego e percepção de um terço do salário no primeiro período e metade no segundo. (CALIL, 2007, p. 27)

Como se sabe, o Código do Trabalho não foi promulgado, dando lugar ao que seria, anos mais tarde, a Consolidação das Leis do Trabalho. Deve-se mencionar que em 1912 ainda havia muito preconceito em relação ao trabalho da mulher. Aquele projeto de lei gerou muita controvérsia, pois era um verdadeiro assombro retirar a autorização marital para que a mulher pudesse trabalhar.

Já a constante mão de obra feminina, impulsionada pela imigração, não ficou desapercibida pela Constituição de 1934. O texto constitucional de 1934 foi diretamente marcado pela influência do constitucionalismo

1 É paradigmática a greve geral de 1917 em São Paulo, protagonizada por migrantes italianos, que vista tanto em seu contexto local como internacional, afasta a tese do espontaneísmo (BIONDI, 2009).

moderno, iniciado anos antes no Direito Estrangeiro, citando-se, em particular, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

Observa-se uma importante menção aos direitos sociais no constitucionalismo moderno, sendo expoente os direitos relacionados ao trabalho, que nos interessa. A Constituição de 1934, avalia Proni (2013, p. 33), foi a primeira a prever a proteção à maternidade e também à infância, trazendo, ainda, a garantia ao emprego à mulher gestante.

De acordo com o art. 138 da Constituição de 1934, em seus incisos “c” e “f”, incumbia a União, aos Estados e Municípios, nos termos das leis respectivas: “c) amparar a maternidade e a infância”; “f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis”.

A Constituição de 1937 foi fruto de um golpe de Estado, liderado por Getúlio Vargas. Ela retrocedeu no campo da proteção ao trabalho da mulher. A Constituição Polaca (como ficou conhecida) omitiu a garantia ao emprego da mulher gestante e não determinou a igualdade salarial entre homens e mulheres, embora previsse a igualdade de todos perante a lei. Tal fato contribuiu para a edição do Decreto-Lei nº 2.548, de 1940, o qual possibilitava a diferença salarial de até 10% a menos para as mulheres em relação aos homens (CALIL, 2007, p. 35).

Ainda sob a vigência da Constituição de 1937, entrou em vigor a Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, havendo um capítulo especialmente dedicado à proteção do trabalho da mulher (capítulo III da CLT). Houve uma preocupação do legislador celetista quanto à

proteção da saúde da mulher, sua moral e sua capacidade reprodutiva (CALIL, 2007, p. 36).

A Constituição de 1946 não só garantiu os direitos protetivos à mulher, já existentes, como abonou a igualdade salarial entre homens e mulheres, bem como o emprego da mulher gestante. A Constituição de 1967, apesar de ter sido fruto do golpe militar, manteve os direitos protetivos da mulher, o que não foi afetado com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

Assim como a Carta de 1934, as de 1946 e 1967, inclusive a emenda de 1969, em seus arts. 158, III e 165, III, proibiam salários diferentes entre homens e mulheres, além de assegurarem todos os outros direitos concedidos anteriormente. Mas o grande destaque da Constituição de 1967 é que esta inovou à medida que proibiu a diferença de critérios de admissão por motivo de sexo, cor e estado civil e assegurou a aposentadoria à mulher após trinta anos de contribuição. (PRONI, 2013, p. 34)

A Constituição de 1988 representa um novo momento político do Brasil, com o fim da ditadura e a redemocratização do país. Nela estão consagrados os direitos sociais, que aparecem já em seu início, a partir do art. 6º, em que se inclui, como um direito social, a proteção à maternidade e à infância.

A disposição topográfica dos direitos sociais na Carta de 1988 representa um importante simbolismo, no sentido de que os direitos sociais são tão importantes quanto as liberdades e garantias individuais.

No campo da proteção ao trabalho da mulher, a grande inovação foi a ampliação da licença maternidade de 90 para 120 dias.

Prevê o art. 10, II, “b”, do Ato das Disposições Transitórias (ADCT):

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

II- fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

O art. 7º da Constituição de 1988 previu um rol mínimo de direitos trabalhistas, dentre eles: o inciso XVIII, sobre o direito à licença gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias; o inciso XX, sobre a proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; o inciso XXV, sobre a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; por fim, o inciso XXX proíbe diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Resumindo a história do trabalho da mulher no Brasil, ensina Calil que este pode ser dividido em três fases, eras ou épocas definidas por marcos jurídicos:

Numa primeira fase, a mulher era excluída do mundo do trabalho e confinada no lar sob dominação masculina, ou tinha uma participação econômica tutelada – este período vai desde o ordenamento da República Velha (1891) até a Revolução de 1930. Na segunda fase, pode-se falar que começa a emancipação legal e a proteção do trabalho da mulher – este período se inaugura com a

Constituição de 1934 e, em particular, a promulgação da CLT (1943), indo até o momento de transição aberto pela Nova República (1985). A terceira onda, sob esta ótica, corresponde à consolidação dos direitos sociais, à ênfase na igualdade no trabalho e à maior efetividade da atuação das mulheres como atores sociais – este período parte da promulgação da Constituição Cidadã de 1988 e segue até os dias de hoje. (apud PRONI, 2013, p. 26)

Apesar da consagração constitucional, em 1988, da igualdade entre homens e mulheres no trabalho, isso não significa o fim da discriminação das mulheres no ambiente laboral. Apesar de todos os avanços no campo legislativo, a mulher ainda luta contra a desigualdade fática, o preconceito e as dificuldades da conjugação da maternidade com a carreira profissional.

Como se sabe, a previsão em leis não significa a efetivação dos direitos. É preciso aliar à previsão legislativa políticas públicas que realmente garantam a igualdade entre homens e mulheres.

Esse contexto não passou despercebido no cenário internacional, dando origem a algumas Convenções da OIT de significativa importância para igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho. É o que se passa a analisar.

3 MULHER E MATERNIDADE NAS CONVENÇÕES DA OIT

No intuito de prover um juízo sobre a Reforma Trabalhista, é imperativo consultar aqueles textos que o Brasil ratificou no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Entre as convenções de que o Brasil é signatário, ressaltamos a de número 103 (Amparo à Maternidade), fazendo a partir dela aceno para as de número 100 (Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor) e 111 (Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação).

Os debates que a Reforma Trabalhista atraíram para a sua órbita configuram uma excelente oportunidade para se revisitar um tema sobre o qual paira consenso desde as décadas de 50 e 60, uma vez que o Brasil assinou a Convenção 103, de 1952, em 1965, mesmo ano quando aderiu à Convenção 111, de 1958, década em que também pôs em vigor a Convenção 100, de 1951.²

Não é demais pontuar que a OIT é a única agência da Organização das Nações Unidas (ONU) que possui uma estrutura tripartite; nela, não somente os governos contam com representação, como também os empregados

2 Notadamente, não são as únicas convenções em torno ao trabalho feminino, embora se diferenciem por não possuírem um caráter proibitivo. As primeiras foram as de números 3 e 4, já de 1919. “A Convenção nº 3 traz regulamentação relativa ao emprego da mulher antes e depois do parto, vez que a empregada gestante não tinha nenhuma proteção. [...] em seu artigo 3º, a Convenção proíbe a mulher de trabalhar durante seis semanas após o parto, mas prevê uma indenização a ser paga a mulher para a sua manutenção e a de seu filho, enquanto ela estiver com o que hoje chamamos de licença maternidade. E quando do retorno ao trabalho lhe é assegurada folga para amamentar a criança. Já a Convenção de nº 4 é relativa ao trabalho noturno da mulher. Essa estabelece o que se entende por período noturno de um modo geral e flexibiliza a sua compreensão conforme as peculiaridades dos países. E em seu artigo terceiro proíbe que mulheres, independente da idade trabalhem durante a noite, seja em estabelecimento público ou privado. Faz, porém uma exceção aos estabelecimentos em que só são empregados os membros de uma mesma família” (MAGALHÃES, 2014). Sondem-se suas repercussões na CLT: art. 379 e 381 (trabalho noturno da mulher; Lei 7.855/1989), art. 384 (período de descanso na jornada), art. 392 (trabalho da mulher grávida), art. 373-A (atos discriminatórios contra a mulher; Lei 9.799,/1999) (MAGALHÃES, 2014).

e os empregadores. Resulta plausível conceber que um texto com o *status* de “Convenção” goze de um consenso amplo e sedimentado.

Também vale sublinhar uma característica que compõem um dos traços da mesma instituição, de modo a repercutir essa sua índole nas formulações que por hora nos ocupamos. A OIT (ILO – *International Labour Organization*) é uma agência especializada das Nações Unidas, que visa estabelecer a paz através da justiça social e do trabalho decente. Esse objetivo repercute, é verdade, do Tratado de Versalhes que decretou, em 1919, o fim da Primeira Guerra Mundial. Seu horizonte não se restringe àquilo que compunha a Parte XIII (artigos 387-399) do Tratado, abrindo-se para uma atuação que em muito supera os limites dos problemas gerados pela crescente industrialização.

Na realidade, a questão que se coloca é sobre a pertinência da Convenção 103 num contexto não precisamente de industrialização, mas de globalização. Que forças atuam no sentido de robustecer ou, ao contrário, de debilitar os ideais éticos, políticos e humanitários visados pela Convenção? Afirma Husek (2011) que a OIT age então em favor de uma conjuntura onde

O trabalho não poderia ser visto como um problema individual, mas da sociedade em geral: capital e trabalho, um binômio na construção efetiva da paz. A consciência desse fato ainda parece atuar muito no mundo atual, apesar da influência da OIT e das avançadas legislações dos países, porque a vontade política dos líderes governamentais ainda é informada pela ganância e pelo egoísmo. (HUSEK, 2011, p. 95)

Para aprofundar essa questão e avaliar, a seu respeito, um recorte da legislação trabalhista que passou a vigorar com a Lei 13.467/2017, convém enfocar alguns elementos básicos da referida Convenção, não sendo demais lembrar que o Brasil, tendo participado das conferências da OIT já na sua primeira reunião como um membro fundador, assimila ao seu ordenamento jurídico aquilo que ele livre e soberano uma vez ratificou.³

A Convenção 103 da OIT é a principal norma internacional em vigor sobre a proteção à maternidade. Ela prevê o direito à licença-maternidade (art. III, item 1) de no mínimo doze semanas. A parte reservada obrigatoriamente ao período pós-parto (art. III, item 2) abrange a metade desse tempo, conforme sublinha Sússekind (2000), podendo a legislação nacional ampliá-lo (art. III, item 3) ou mesmo prorrogá-lo em situação de doença decorrente do parto (art. III, item 6).

Esse tratado, adotado no mesmo ano em que a Conferência aprovou a Convenção sobre as normas mínimas da seguridade social, é de aplicação geral, beneficiando as mulheres empregadas em empresas públicas ou privadas (art. 1). Mediante apresentação de um *certificado médico*, no qual se indique a data presumida do parto, será assegurado à mulher um repouso mínimo de *12 semanas*, o qual deverá

3 Admite-se tacitamente o propósito de implementar seus ideais. “No preâmbulo de sua Constituição, a OIT deixa clara a necessidade de alcançar a justiça social para que então se tenha a paz universal e que para isso é mister combater a miséria e outros males, o que se pode fazer através da promoção de condições dignas de trabalho. E na Declaração de Filadélfia (1944) anexada à sua Constituição, a OIT traz como um de seus princípios fundamentais o de que o trabalho não é uma mercadoria” (MAGALHÃES, 2014).

ter, após o parto, duração não inferior a seis semanas, ainda que, para este fim, tenha de ser prorrogada a licença global (art. 3). (SÚSSEKIND, 2000, p. 397)

Segundo a Convenção 103, a licença-maternidade também pode ser alargada por uma licença pré-natal suplementar em caso de doença resultante da gravidez (art. III, item 5).

Outro direito importante da Convenção consiste em manter a remuneração nos períodos em que a mulher precisa se ausentar do trabalho, com fins a garantir-lhe, em condições dignas, a própria subsistência e a de seu filho (art. IV, item 2). Isso inclui as interrupções do trabalho para fins de aleitamento (art. V, item 2). Os custos seriam arcados pelo sistema público de seguro social, jamais pelo empregador da iniciativa privada (art. IV, item 8).

Na situação de lactante, a mulher necessita de condições propícias para amamentar seu filho. O caso é previsto na Convenção 103 com os seguintes termos: “Se a mulher amamentar seu filho, será autorizada a interromper seu trabalho com esta finalidade durante um ou vários períodos cuja duração será fixada pela legislação nacional” (art. V, item 1). A mulher não será prejudicada financeiramente e nem penalizada com o aumento da jornada (art. V, item 2).

A proteção contra a dispensa arbitrária durante a licença-maternidade está prevista no art. VI da Convenção 103.

Outra preocupação da OIT em relação à mulher é quanto à discriminação, especialmente no que tange a sua desigual remuneração em comparação ao homem. Comentando a Convenção 100, Sússekind (2000) analisa:

No curso do mencionado “Decênio”, verificou-se que, além do aumento, em números absolutos e relativos, da participação feminina na PEA, elevou-se a faixa etária e o ingresso da mulher casada na força de trabalho. Mas evidenciou, também, que ainda é ampla a *discriminação* contra o trabalho feminino, a refletir-se principalmente no valor dos salários, na designação para cargos de direção, na seleção de trabalhadores para a admissão e na despedida. Mas é inegável que a participação da mulher no mundo do trabalho vem crescendo, sendo que até prepondera em algumas atividades profissionais. (SÜSSEKIND, 2000, p. 393-394)

A Convenção 100 preza pela igualdade de remuneração entre homens e mulheres em funções iguais. Em seus termos, consiste em “assegurar a aplicação a todos os trabalhadores do princípio de igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor” (art. 2, item 1).

É patente a esta Convenção a perspectiva de que uma diferença salarial não se deva a um aspecto funcional ou contingente. Trata-se de uma “discriminação fundada no sexo” (art. 1, alínea b), um problema portanto de ordem cultural.

Um delineamento mais preciso e efetivo contra a discriminação é dado pela definição da Convenção 111. Com ela, a OIT faz eco à Declaração Universal dos Direitos do homem, abordando uma discriminação que se manifesta não apenas na desigualdade salarial, como em vários outros níveis, e em matéria de emprego e ocupação. Por “discriminação” se compreende (art. 1, item 1):

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Não é difícil imaginar que uma mulher gestante e/ou lactante seja sujeito prioritário dessas alíneas. Será que a gravidez, ou mesmo o aleitamento, condições naturais e biológicas da maternidade, não vem sendo contada, de forma sutil, como critério de desqualificação da mulher para o emprego? Seria ingenuidade não pensar que tais condições, em determinado cenário socioeconômico, determinam a preferência por outro perfil de empregado (art. 1, item 2)?

Apesar de todas essas considerações, vejamos o que a própria OIT (2016) observa. Numa pesquisa sobre as mulheres no trabalho, ela detectou que: as mulheres jovens são as mais vulneráveis ao desemprego (OIT, 2016, p. 4); as mulheres continuam sobrerrepresentadas como trabalhadoras familiares não remuneradas (OIT, 2016, p. 4) e segregadas a determinados setores profissionais (OIT, 2016, p. 5-7); enfim, tanto em países desenvolvidos (de alto rendimento) como em desenvolvimento (de baixo rendimento),

“as mulheres continuam a trabalhar menos horas no emprego remunerado, enquanto se ocupam da maior parte das tarefas domésticas não remuneradas e da prestação de cuidados” (OIT, 2016, p. 7). O levantamento calcula que em média as mulheres realizam “pelo menos duas vezes e meia mais tarefas domésticas não remuneradas e de cuidados do que os homens” (OIT, 2016, p. 7), o que as torna mais propensas à informalidade (OIT, 2016, p. 8).

A estimativa é que serão necessários mais de 70 anos para eliminar completamente as disparidades de gênero no mercado de trabalho:

A nível global, estimam-se em 23 por cento as disparidades salariais de gênero, isto é as mulheres ganham 77 por cento do que ganham os homens. Mesmo quando se consideram taxas horárias (dado que as mulheres trabalham menos horas do que os homens), as mulheres continuam a enfrentar diferenças salariais persistentes, com valores de 10 por cento ou mais em países onde existem dados disponíveis. Essas disparidades não podem ser explicadas unicamente por diferenças na educação ou pela idade. Estão, também, relacionadas com a subavaliação do trabalho que é realizado pelas mulheres e das competências exigidas nos sectores ou profissões de predominância feminina, práticas discriminatórias, e a necessidade das mulheres fazerem pausas na carreira para poderem assegurar as responsabilidades adicionais, por exemplo após o nascimento de uma criança. Recentemente verificaram-se alguns progressos na redução destas diferenças salariais entre homens e mulheres, mas as melhorias são pequenas e, se

as atuais tendências se mantiverem, serão necessários mais de 70 anos até que as disparidades salariais de gênero sejam completamente eliminadas. As reduções nos diferenciais salariais entre homens e mulheres são principalmente atribuídas às ações explícitas da política contra os desequilíbrios de gênero no mercado de trabalho, e menos às melhorias gerais na qualidade de vida. Na verdade, os diferenciais salariais entre homens e mulheres não estão relacionados com o nível de desenvolvimento económico do país, já que alguns dos países com níveis mais elevados de rendimento per-capita estão entre aqueles que têm diferenças salariais entre homens e mulheres mais elevadas. O desenvolvimento económico por si só não garante uma distribuição equitativa dos ganhos do crescimento económico entre homens e mulheres. (OIT, 2016, p. 9)

Parece não ser suficiente a simples promulgação de leis que atentem para a situação da mulher no trabalho. Mas não deixa de ser imprescindível que, para lidar com a realidade fática, uma determinada legislação soa como catalizadora de transformações para uma ou outra direção.

Acerca da remuneração em licença-maternidade, tal como vimos há pouco tocante à Convenção 103,

Embora praticamente todos os países proporcionem algum tipo de proteção na maternidade às mulheres empregadas, cerca de 60 por cento das mulheres trabalhadoras em todo o mundo (quase 750 milhões de mulheres) não beneficiam de um direito estatutário a uma licença por maternidade. Problemas com a

implementação, a consciencialização dos direitos, a insuficiente capacidade contributiva, práticas discriminatórias, a informalidade e exclusão social significam que, em todo o mundo, se estima que apenas 330 milhões de mulheres trabalhadoras (28,2 por cento) recebem algum benefício contributivo ou não contributivo, em dinheiro por ocasião do parto. (OIT, 2016, p. 9)

Com efeito, será que a legislação de fato ampara a mulher em todas as suas necessidades de gestante, puérpera e lactante?

Num balanço parcial dos textos verificados, depreendem-se alguns direitos que visam salvaguardar a mulher no contexto de suas necessidades e deveres maternais. Valerá analisar, na sequência, os desafios práticos com que a mulher tem de lidar uma vez inserida no mercado, e se a nova legislação trabalhista no Brasil representa uma posição de avanço ou retrocesso em face da lei internacional, ou mesmo dos ideais que nortearam a elaboração das Convenções 100, 103 e 111.⁴

4 A MATERNIDADE NA LEI 13.467/2017: AVANÇO OU RETROCESSO?

A Lei 13.467/2017, também conhecida como a Lei da Reforma Trabalhista (LRT), promoveu alterações e acréscimos no que diz respeito à mulher no trabalho, trazendo com

4 O Brasil ainda não ratificou a Convenção 183 (Sobre a proteção à maternidade), adotada pela OIT em 2000. Essa Convenção amplia o período de licença-maternidade para quatorze semanas (art. 4, item 1), e insere um artigo sobre a proteção à saúde, com o qual se comprometeria a “adotar as medidas necessárias para garantir que não se obrigue às mulheres grávidas ou lactantes desempenhar um trabalho que tenha sido determinado pela autoridade competente como prejudicial para sua saúde ou a de seu filho”.

isso repercussão para a maternidade. É nosso interesse levantar um debate nessa matéria, passos que desejamos dar aqui em alguma medida.

A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), mediante o seu XIX Congresso Nacional ocorrido em Belo Horizonte em 2018, pronunciou-se de forma retumbante contra o art. 394-A da CLT, declarando sua inconstitucionalidade e sua inconveniência⁵. Faremos um exame de modo mais minucioso.

Para fins de sondagem com as Convenções da OIT supramencionadas, pautamos as redações do art. 394-A e do art. 396, ambos da CLT.

Há quatro aspectos que recortamos nas medidas previstas pela LRT em torno à proteção da mulher, aos quais assim elencamos: a) Do afastamento ou permanência da gestante/lactante em local insalubre; b) Da manutenção do adicional em caso de afastamento (art. 394-A, §2º); c) Do responsável pelo pagamento do adicional de insalubridade (art. 394-A, §2º); d) Dos intervalos para amamentação. Os três primeiros aspectos nos remetem ao art. 394-A. Apenas no último é que nos reportaremos ao art. 396.

4.1 Sobre a manutenção do adicional e o responsável por seu pagamento

O segundo aspecto que anunciamos se refere à manutenção do pagamento do adicional de insalubridade à empregada gestante/

5 O artigo incidiria contra os arts. 1º, III; 6º; 7º XXII; 196; 200; 201, II; 203, I; 225; 226 e 227 da Constituição Federal; contra as Convenções 103 e 183 da OIT; e contra os arts. 25, I e II da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ANAMATRA, 2018, p. 32).

lactante afastada de agentes insalubres (art. 394-A, *caput*). A redação anterior não previa essa remuneração, o que comporta ajuizar sobre o caráter benéfico do novo texto para a mulher.

É o único caso na lei de um empregado afastado do local insalubre para salubre, portanto, por uma alteração benéfica efetuada pelo empregador, que continuará a receber o respectivo adicional. Ressalte-se que o adicional visa indenizar a nocividade do trabalho, que obviamente cessou com a transferência do empregado para local saudável. (CASSAR, 2018, p. 172)

Quando deixava de trabalhar em condição insalubre em razão de gravidez e aleitamento, a mulher também deixava de receber o adicional. Agora, apesar de ser afastada do agente, ela mantém o patamar financeiro, sem ônus para o empregador, já que será compensada pela Previdência (art. 394-A, §2º).

Essa observação nos coloca diante do terceiro ponto que acima recortamos, um elemento, aliás, que manifesta, nesse particular, uma consonância da LRT com a Convenção 103, mais exatamente, em seu art. IV, item 8.

Esse regime de compensações, como se vê, representa, de algum modo, um autêntico **regime cooperativo** de proteção da criança, a envolver alvissareira articulação de recursos públicos e patrimônio privado em prol da proteção eficaz da criança. Nem se diga que tal preceito padece de inconveniência por violação ao disposto no art. 4º, item 8, da Convenção nº 103 da Organização Internacional do Trabalho (incorporada ao ordenamento jurídico interno

por meio do Dec. nº 58.820/1996), ao rezar que, “em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega”. Afinal, o empregador apenas faz o pagamento imediato desse numerário, fazendo uma espécie de antecipação pecuniária, sendo que oportunamente logra efetivo ressarcimento perante os cofres públicos mediante a citada técnica compensatória. Com isso, evita-se a *masculinização* de determinadas atividades, com valiosa proteção do mercado de trabalho da mulher (CF, art. 7º, XX). (SOUZA JÚNIOR et al., 2017, p. 159)

O ônus para assistir à empregada gestante/lactante afastada completamente do trabalho ou apenas do agente insalubre pertence, em última instância, à Previdência Social, em razão do sistema solidário e contributivo que vigora no Brasil (CF/88, art. 201, *caput* e II).

A essa determinação subjaz a ideia de “socializar os custos da gestação em ambiente insalubre [...], pois não se pode onerar o empregador com um encargo que é social e não particular” (SILVA, 2017, p. 64-65). Haja vista se tratar de um direito em franca consonância com a legislação internacional, resta acompanhar se haverá recursos para custeá-lo com agilidade e a bom grado, afinal, um salário-maternidade por 9 meses ou por 2 anos (de afastamento de local insalubre), como destacaremos a seguir, representa uma cifra bem maior do que os 120 dias de licença-maternidade.

4.2 Intervalos para amamentação (art. 396)

Em torno ao art. 396 da CLT, que trata dos intervalos para a amamentação, a nova

legislação apenas definiu uma imprecisão. O *caput* de ambos os textos prevê dois intervalos de trinta minutos, durante a jornada de trabalho, até que o filho complete seis meses de idade. Nada dizia sobre quem ou como se determinaria esses “dois descansos especiais” (art. 396, *caput*).

Para efeito de preencher essa lacuna, a LRT acrescentou que esses intervalos, restritos a dois, “deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador” (art. 396, §2º).

Há uma série de pormenores a serem considerados aqui. Em síntese, o texto levanta margens para tantos problemas que teriam sumária solução com um período de 180 dias para a licença-maternidade.⁶

Uma primeira questão é quanto ao risco de “monetização dessas pausas ou seu agrupamento sob a forma de compensação de jornada” (SILVA, 2017, p. 66). Trocar os intervalos por dinheiro ou transformá-los em banco de horas são ameaças que comprometem a finalidade da norma, mas não a norma em si.

Algumas indagações, se lançadas ao próprio texto legal, levariam a nos questionar se a LRT não se mostrou apática quanto a uma

necessidade que reverbera da Lei 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

A LRT não fez mais do que dar “um esclarecimento legal quanto à forma de definição dos precisos momentos em que, durante a jornada laboral, a trabalhadora deverá fazer pausa para amamentação de seu filho” (SOUZA JÚNIOR et al., 2017, p. 163). Mas será que esses dois únicos momentos atendem à “condição peculiar da criança [...] como pessoa em desenvolvimento” (ECA, art. 6º)? Será que dois tempos de meia hora, numa jornada de oito horas, efetiva o direito da criança à alimentação (ECA, art. 4º, *caput*)? Será que a LRT, determinando um limite de tempo para a amamentação, está tratando a criança com “absoluta prioridade” (ECA, art. 4º, *caput*) e afastando dela “qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (ECA, art. 5º)?

Esses questionamentos, como pensamos, ultrapassam o otimismo que Collaneri (2018) exhibe ao dizer que a reforma de 2017 “não apenas manteve esse direito, mas o estendeu às mulheres que efetuem adoção. Assim, a CLT retirou a expressão ‘Para amamentar o próprio filho’, e inseriu a expressão ‘Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção’, grande avanço tanto para o incentivo à adoção quanto para a criação de laços mais fortes entre adotante e adotado” (COLLANERI, 2018).

Tantas são as perguntas quanto a diversidade de casos que ilustram o complexo e melindroso campo da amamentação. E se a criança não terminar de mamar em trinta minutos, ou encerrar em cinco? E se ela precisar de mais de dois intervalos, ainda que de tempos menores? Terá a lei se pautado numa situação máxima, a fim de que empregador e empregada

6 Aponta para essa direção o Programa Empresa Cidadã, que institui a prorrogação da licença-maternidade para mais sessenta dias a empregadas de pessoa jurídica que aderir à Lei 11.770/2008. A licença-gestante tem o mesmo prazo constitucional de 120 dias (CF/88, art. 7º), independente da idade da criança adotada, para o caso de adoção ou guarda judicial para esse fim, designada por isso de licença-adotante (CLT, art. 392-A). A licença-maternidade estendida já é praxe no âmbito dos órgãos e entidades do serviço público (Decreto 6.690/2008, art. 2º, §1º). Embora a Lei 8.112/1990 (art. 210) estabeleça prazos diferenciados de licença para servidora pública que adotar criança com menos ou com mais de 1 ano de idade, trata-se de uma previsão inconstitucional (STF. Plenário. RE 778889/PE, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 10/3/2016).

tenham margem para fixar ocorrências de menor frequência? Quais as fontes empíricas que na literatura médica apoiariam essa demarcação? Como se daria a dinâmica de uma mulher que amamentaria seu filho pelos dois períodos estabelecidos, mas que somente para chegar ao seu local de trabalho deslocasse diariamente numa média de duas horas pelo transporte metropolitano?

Para Souza Júnior et al. (2017, p. 163), deduz-se que “o empregador deve se manter inteiramente sensível aos horários de amamentação propostos pela trabalhadora, **adaptando o trabalho às necessidades da criança e não o contrário**, ou seja, amoldando a dinâmica laborativa à dinâmica físico-afetiva de amamentação informalmente estabelecida a cada dia entre a própria mãe e seu filho”. É certo que o texto fala de um “acordo individual”, mas não pede sensibilidade, compreensão e solidariedade ao empregador; enseja inclusive que se determinem horários fixos.

Convém recordar que a Organização Mundial de Saúde (OMS) e o Ministério da Saúde são congruentes e incisivos na recomendação do aleitamento materno exclusivo (AME) até os seis meses de idade, seguindo o ritmo da livre demanda, ou seja, sempre que o bebê necessitar, ou mais exatamente, respeitando o processo onde o bebê é quem determina o horário e o tempo de amamentação.⁷

7 O Ministério da Saúde utiliza inclusive as mesmas definições que a WHO (World Health Organization), afirmando que “A Organização Mundial da Saúde (OMS) e o Ministério da Saúde recomendam aleitamento materno exclusivo por seis meses e complementado até os dois anos ou mais. Não há vantagens em se iniciar os alimentos complementares antes dos seis meses [...]” (BRASIL, 2009, p. 12), para o que se alerta sobre os prejuízos que podem causar à saúde da criança e os benefícios que se deixam de promover à saúde da mãe (BRASIL, 2009, p. 12-18). Em consonância com o

Ora, isso seria impraticável para uma mulher que tem de retornar ao trabalho no máximo 120 dias após o parto. Seria também inviável para esta mulher manter algum tipo de amamentação, seja de forma complementar e muito menos predominante, após o sexto mês de vida de seu filho.

Diante desse quadro, voltamos a interrogar: não teria sido melhor que a LRT legislasse em favor da ampliação da licença-maternidade, atendendo, como de passagem mostramos, a um consenso médico internacional em torno à importância da amamentação exclusiva até os seis meses? O art. 396 deveria ter sido reformado em seu próprio *caput*. Ao invés de escrever “até que este complete seis meses de idade” (grifos nossos), nele leríamos: “a partir de quando este complete seis meses de idade” (grifos nossos).

Não se pode afirmar que, nessa matéria, a legislação nacional tenha se atarracado em relação à Convenção 103. Mas se pode confirmar que ela não assume o propósito de explorar todas as suas potencialidades. A Convenção enuncia termos genéricos que permitiriam à LRT ir bem mais além do que foi. Segundo a OIT, para fins de aleitamento, a mulher poderia interromper seu trabalho “por um ou vários períodos” (art. V, item 1). Há de

.....
que recomendam conjuntamente a UNICEF e a OMS mediante seu Departamento de Nutrição para Saúde e Desenvolvimento (WHO, 2017, p. VI), de 1º a 7 de agosto de 2018 ocorreu o lançamento da Campanha da Semana Mundial da Amamentação, do Ministério da Saúde em parceria com o SUS e a Sociedade Brasileira de Pediatria (SBP). Com o *slogan* “Amamentação é a base da vida”, o prospecto lista os benefícios do leite materno, enfatizando que as “mães devem amamentar até os dois anos ou mais e de forma exclusiva até o 6º mês do bebê” (BRASIL, 2018). A campanha fornece lista de materiais para download (<http://portal.arquivos.saude.gov.br/campanhas/amamentacao/>).

se problematizar por que a LRT restringiu-se a dois, quanto mais dentro de um período que a literatura médica recomenda amamentação “exclusiva” e por “livre demanda” do bebê.

É somente para caso de afastamento de local insalubre que a LRT permite antecipar a licença-maternidade da gestante em gravidez de risco, preservando, é claro, os 120 dias previstos pela Constituição. Como uma mãe amamentará a seu filho, de forma exclusiva, por seis meses, se sua licença não cobre esse período? E como ela fará a introdução alimentar gradativa, mantendo o aleitamento de forma predominante, tendo para isso apenas dois momentos previstos durante a jornada? Ademais, tendo completado seis meses de idade, não prevê a CLT que a mulher continue a amamentando seu filho durante a jornada de trabalho?

Lamentamos e criticamos o fato de a LRT não ter ampliado para 180 dias, universalizando para todas as mulheres, a licença de maternidade. Isso estaria em consonância com a recomendação de amamentação exclusiva até os seis meses da criança, quanto mais com o aleitamento até o segundo ano de vida.

Prolongar em mais 60 dias o tempo de 120 dias de licença eliminaria todos os inconvenientes que se supõe ocorrerem com esses intervalos para a amamentação previstos no art. 396, *caput*. Ventilamos ser iniludível, seguro e garantido que uma lactante, vendo-se legalmente amparada, seria positivamente incentivada a empreender uma atividade de amamentação exclusiva e por livre demanda durante todo o período recomendado pela OMS, contanto que para gozar desse direito haja devida forma de comprovação do exercício que o condiciona.

4.3 Sobre a permanência ou afastamento da gestante/lactante em local insalubre (art. 394-A, I-III e §3º)

Por fim, essa é outra grande polêmica gerada pela LRT. Diferentemente da redação precedente, agora é permitido que uma empregada gestante/lactante atue em local insalubre, dependendo é claro do grau de insalubridade do ambiente em que estiver exposta, bem como do parecer médico que ateste o malefício para a sua saúde e a do feto/bebê.

Segundo a antiga redação, tanto a empregada gestante quanto a lactante seriam afastadas do labor se expostas a qualquer agente insalubre, tendo então de serem transferidas para um local salubre. Com a reforma, admite-se em regra que uma gestante trabalhe em locais insalubres de grau médio ou mínimo (art. 394-A, II), exceto máximo (art. 394-A, I), e que uma lactante exerça atividade insalubre em qualquer grau (art. 394-A, III). Em suma, “o texto aprovado continua repleto de nuances e brechas para a atividade insalubre da grávida” (SILVA, 2017, p. 63).

A única situação para afastamento automático é o caso de gestante em atividade de máxima insalubridade. Mas é somente mediante atestado médico que empregadas gestantes/lactantes podem ser afastadas, havendo como primeira opção sua transferência para local salubre; se isso não for possível, procede-se com o seu imediato afastamento assistido por um salário-maternidade (art. 394-A, §3º).

Chama a atenção o fato de a lei ter incumbido a mulher, em meio à gestação/lactação, de tomar a iniciativa de providenciar

o documento/laudo que a afaste de sua atividade perante o patrão. Terá ela mais poder e autonomia? Ou ficará ela mais vulnerável aos temores que rondam as condições de empregabilidade na sociedade contemporânea?

Atribuir esse encargo à trabalhadora gestante ou lactante significa, ademais, inaceitável imposição de pesado ônus à parte mais frágil da relação contratual trabalhista. Tendo sobre si tal tarefa de atestar eventual nocividade labor-ambiental, por certo a trabalhadora se sujeitará aos dilemas contemporâneos que envolvem o temor da dispensa futura ou da discriminação iminente, caso aceite a recomendação médica e se afaste da atividade ou mesmo do trabalho. O legislador, nessa perspectiva, em vez de reduzir, **maximizou os riscos psicossociais** incidentes sobre a trabalhadora imersa nessa delicada situação, não sendo difícil prever que muitas mulheres acabarão optando por permanecer no labor, apesar do atestado médico recomendar o contrário, com medo de represálias ou más compreensões da chefia imediata, oportunizando, assim, o exurgir de doenças ocupacionais relacionadas a distúrbios psíquicos. (SOUZA JÚNIOR et al., 2017, p. 157)

Já dissemos que não é a esfera privada (empresa), e sim a pública (Previdência), quem custeia os valores financeiros relativos a um eventual afastamento parcial ou total do labor (art. 394-A, §2), a fim de que não haja prejuízo na remuneração (art. 394-A, *caput*). Como se depreende de outras referências legislativas, o período da gestação e lactação não é dos mais confortáveis para os atores da relação de emprego, razão para que a lei determine

garantias provisórias, pois a mulher enquanto “único ser que pode gerar outro ser humano [...], tem, nos três momentos da maternidade (gestação, parto e amamentação), a única forma de tratamento diferenciado em relação ao homem trabalhador” (FRANCO FILHO, 2013, p. 43).

Há, sobre esse ponto, outras considerações que a seguir pontuamos.

a) O período de afastamento.

A LRT criou condições que dão margem para que, em tese, uma mulher gestante/lactante seja exposta a agentes que causem dano a sua saúde, bem como à de sua prole. Em termos de comparação com a CLT, após a alteração da Lei 13.287 de 2016, “passou-se da restrição severa para a liberação total do trabalho da gestante em ambiente insalubre, o que gerou pesadas críticas contra o aqodamento do governo federal” (SILVA, 2017, p. 63). Mas o artigo, em compensação, abre espaço para que a mulher desfrute de um afastamento remunerado por um período talvez até maior do que era previsto na redação pregressa à reforma.

Comentamos que a CLT não previa o adicional depois que a mulher gestante ou lactante fosse afastada de operações ou locais insalubres, o que acarretaria para a mulher um decréscimo em sua remuneração. Mas ela também não previa nada em caso de não ter como essa mulher exercer atividade em local salubre. Para dar uma resposta a essa lacuna, a LRT sanciona: “Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada [...] exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez

de risco e ensinará a percepção de salário-maternidade [...] durante todo o período de afastamento” (art. 394-A, §3º).

É incongruente falar em “gravidez de risco” quando se tratar do afastamento de uma lactante, a não ser que essa mulher também esteja grávida. Ademais, como adverte Sousa Júnior et al. (2017, p. 160), o texto não explicita, por via prática, como se daria esse afastamento total da trabalhadora, e quem seria a autoridade – se o empregador, se o médico de confiança, se o perito da previdência etc. – que determinaria o afastamento mediante efetiva constatação de que não há local salubre na empresa.

Os autores acham que, por implicar “**direto encargo financeiro ao Estado**, por meio do **auxílio-maternidade**, [...] essa circunstância deverá ser reconhecida pela **autoridade previdenciária competente**” (SOUSA JÚNIOR et al., 2017, p. 161). Mas se considerarmos, como abaixo inferimos, que a lei dá um valioso voto de confiança ao empregador idôneo que disponibiliza um local de trabalho seguro e mantém seus empregados adequadamente informados sobre o tipo e os níveis dos fatores de insalubridade com os quais lidam, é óbvio que bastará a declaração do médico de confiança para que a mulher seja assistida pelo Estado, não mais do que isso.

Uma empresa que rompa com essa credibilidade estaria, a nosso ver, sujeita às mais severas punições do juízo, tal é gravidade irreversível das consequências que podem acontecer para a mulher e seu filho. Nesse aspecto, os empregadores se deparam também com “uma responsabilidade civil e até mesmo penal, ante a comprovação de prejuízo ocasionado à saúde da gestante ou da criança” (COLLANERI, 2018).

Sublinhamos a lei *ipsis litteris*. Se a empresa não conseguir alojar sua funcionária em um posto de trabalho salubre, a mulher deve ser afastada durante todo o período de sua gestação, e mesmo durante todo o tempo de aleitamento, acrescente-se, seja ele exclusivo ou não.

Ora, uma gestação pode não durar mais do que 40 semanas, mas a amamentação pode chegar a dois anos, não sendo extraordinário que dure até mais. Na forma da lei, o Estado terá de amparar a mulher com a mesma intrepidez com que o patrão deva reconhecer e informar a impossibilidade de remanejar sua funcionária gestante/lactante para um posto livre de agentes insalubres, crê-se⁸. Dispõe o Poder Executivo de um atendimento diligente ao receber e analisar os pedidos de afastamento e prorrogação solicitados por trabalhadoras de locais insalubres?⁹

A lei, abrindo a possibilidade de uma mulher grávida/lactante trabalhar em local

8 Depreende-se que o art. 394-A da CLT, com redação da Lei 13.287/2016, tendo seu *caput* sido superado pela Lei 13.467/2017, foi no entanto mantida naquilo que garante à empregada gestante ou lactante a sua remuneração integral “durante todo o período de afastamento” (art. 394-A, §3º). Era isso o que exatamente estava assegurado no Parágrafo único da Lei 13.287/2016, vetado porém na seguinte mensagem: “Ainda que meritório, o dispositivo apresenta ambiguidade que poderia ter efeito contrário ao pretendido, prejudicial à trabalhadora, na medida em que o tempo da lactação pode se estender além do período de estabilidade no emprego após o parto, e o custo adicional para o empregador poderia levá-lo à decisão de desligar a trabalhadora após a estabilidade, resultando em interpretação que redunde em eventual supressão de direitos”.

9 A pergunta pede por uma verificação *in loco*, mesmo para que se confira a previsão de Silva (2017, p. 65): “Não será surpresa se uma gestante a comparecer no balcão do INSS [...] e ver negado seu direito à licença-maternidade de 9 meses. Mais remota ainda é a chance de uma lactante conseguir o prolongamento da licença-maternidade por seis meses”.

insalubre, não faz qualquer restrição ao tempo de afastamento para o aleitamento. Por conseguinte, é sensato que, em se tratando de um direito fundamental, constitucional e internacional, não se faça uma interpretação restritiva para aquilo que não se impôs restrição.

b) O atestado de saúde e a permissão para trabalhar em local insalubre.

O atestado de saúde, bem como sua emissão por um médico que seja “da confiança da mulher” – seja “o responsável pelo acompanhamento do pré-natal, da rede pública ou particular, ou da própria empresa” (SILVA, 2017, p. 64) –, não necessariamente por um profissional indicado pelo empregador, envolve alguns desdobramentos a serem discutidos. Nas palavras de Souza Júnior et al. (2017, p. 156), “é que mesmo um médico de confiança dificilmente terá plenas condições de avaliar o concreto nível de risco engendrado no contexto de determinada atividade laboral insalubre”.

O comentador concebe que tal avaliação não deve ser unidimensional, mas dispor de dois eixos: um, sobre as “condições gerais da trabalhadora gestante ou lactante” (SOUZA JÚNIOR et al., 2017, p. 157); outro, envolvendo

[...] uma apreciação verdadeiramente contextual, ou melhor *ambiental* da situação, incluindo, pois, nesse raio de inferência científica, as condições de trabalho, a própria organização do trabalho e mesmo a qualidade das relações interpessoais travadas no contexto empregatício da trabalhadora, todos os fatores labor-ambientais de risco a influenciar a segurança e a saúde (física e mental) do ser humano que trabalha. (SOUZA JÚNIOR et al.,

2017, p. 156)

Não é difícil enxergar as razões para esse critério duplo, embora – advirta-se –, não seja ele expressão literal da lei, e sim efeito de uma análise interpretativa.

Imaginemos a hipótese de que uma mulher gestante vá ao médico, pagando por uma consulta particular, em função de alguns sintomas de mal-estar físico. Após examiná-la, o ginecologista lhe receita, com emissão de atestado médico, alguns dias de repouso. A gestante então se afastará do trabalho por esse tempo, mas não há na prescrição qualquer estimativa quanto a uma possível causa ambiental do mal-estar diagnosticado na consulta feita com um “médico de confiança”.

Ainda que se paute num parecer médico, tal exame estaria longe de sustentar uma decisão técnica capaz de abarcar uma incisiva consideração dos fatores labor-ambientais que agridem a saúde humana. Um atestado proveniente de uma consulta clínica não comporta qualquer análise de riscos existentes no meio ambiente laboral. A mulher tende primeiro a adoecer para depois ser afastada, ao invés de ser afastada para evitar o adoecimento.

Uma objeção em favor do novo texto seria a de que já há normas suficientes que regulamentam o dever fundamental do empregador de manter o equilíbrio do ambiente de trabalho¹⁰. É direito fundamental dos trabalhadores que sua vulnerabilidade a riscos seja reduzida ou minimizada por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Por inferência, configuraria dever patronal

10 São alguns exemplos: CF/88, arts. 7º, XXII, 200, VIII, e 225, *caput*, §1º, V, e §3º; Lei 6.938/1981, art. 3º, III, *a* e *a*, e IV.

identificar e aferir tais riscos.

Fica subentendido que a LRT parte do princípio de que o empregador respeita e zela profundamente pela saúde de seus funcionários; e se algum deles, mulher, vir a engravidar-se, esta estará adequadamente informada quanto ao nível de insalubridade de seu posto de trabalho; ela inclusive já estaria orientada a procurar um médico que lhe acompanhe e lhe assista em caso de algum problema vir a ocorrer.

Não pensamos como Sousa Júnior et al. (2017, p. 155) que houve uma lamentável, insana e insólita inversão de papeis, com a lei incumbindo praticamente a trabalhadora o ônus da avaliação técnica do quadro polutivo do ambiente trabalhista. Em certo ângulo, bastaria à mulher gestante/lactante um parecer aparentemente bem mais simples para vir a se afastar de local insalubre. Basta um atestado proveniente de clínica médica, sem maiores pretensões, para afastar temporariamente a gestante/lactante de operações, de atividades e de locais insalubres.

Concordamos com o comentador em dizer que “fica estabelecido abusivo cenário de **presunção de inocuidade labor-ambiental**” (SOUSA JÚNIOR et al., 2017, p. 155). Não teve o legislador conhecimento dos inumeráveis processos trabalhistas que envolvem o direito de adicional de insalubridade que foi negligenciado pelos patrões? Não são bastantes as ACP’s que mostram tantos danos ambientais e laborais causados por empresas que não respeitaram qualquer forma de segurança do trabalho?¹¹

Em vista desses questionamentos pragmáticos, acenamos positivamente para as

11 Vide Processos: nº 0000268-13.2012.5.15.0092; nº 0001054-03.2013.5.09.0088; nº 0022200-28.2007.5.15.0126.

palavras de Souto Maior e Souto Severo (2017):

[...] se o propósito era proteger a saúde das trabalhadoras e do nascituro, o que se deveria fazer era criar norma objetivando a eliminação da submissão a atividades insalubres. No entanto, bem ao contrário, o que a reforma fez foi propor a possibilidade de exposição da gestante e do seu filho à situação de dano efetivo à saúde. (SOUTO MAIOR; SOUTO SEVERO, 2017)

Naquilo que diz respeito à saúde, seria mais sensato neutralizar todo e qualquer risco em sua raiz, tal como se presumia da redação precedente do *caput* do Artigo 394-A. Isso comporta indagar se o propósito da LRT consiste realmente em proteger a saúde da trabalhadora e do embrião/feto/nascituro, abertas as possibilidades de que algum fator de insalubridade venha a causar danos à saúde deles.

É importante sublinhar que a LRT se refere a três níveis de insalubridade: o de grau máximo, médio e mínimo. Assim como são três os graus, vários são os tipos de agentes insalubres.¹²

Se nos perguntamos sobre tamanha

12 Eles foram fixados pela Norma Regulamentadora 15, do extinto Ministério do Trabalho e Emprego, na Portaria 3.214/1978. Essa norma possui 14 anexos que regulam o art. 189 da CLT, pela qual se conceitua “não apenas a natureza do agente nocivo, [...] mas também a intensidade deste agente e o tempo de exposição a que os empregados estiverem expostos” (COLLANERI, 2018). Além disso, a CLT também prevê no art. 192 três graus de insalubridade – máximo, médio e mínimo –, assegurando direito a respectivos adicionais de 40, 20 e 10 por cento sobre o salário mínimo. Frisamos, com Homero Batista M. da Silva (2017, p. 64), que a LRT, de 2017, não fez nenhum esforço para atualizar os limites de tolerância vistoriados em 1978; “várias profissões alcançariam ao patamar do grau máximo”. Agradecemos ao engenheiro e perito judicial Diego Santos Silva pelos esclarecimentos que nos prestou nessa matéria.

maleabilidade permitida pela lei, uma justificativa seria a de “diminuir a discriminação em algumas profissões, como aquelas exercidas em hospitais, [...] onde a maioria das atividades são consideradas insalubres, o que supostamente estaria provocando um desestímulo à contratação de mulheres em setores como a enfermagem [...]” (COLLANERI, 2018). A permissão de trabalho em ambientes insalubres visaria uma “diminuição na desigualdade de gênero dentro do mercado de trabalho” (COLLANERI, 2018).

A discriminação de gênero é um dado levantado pela OIT, como mostramos acima. De certo, não se deverá apenas a essa medida o efeito de abrandar com essa discrepância. Pelo contrário, discute-se se a LRT não a aguçou. Se virem a adoecer por causa da exposição, grávidas e lactantes necessitarão de períodos cada vez mais prolongados de afastamento, quadro em que a tendência das empresas seria diminuir, não aumentar, a contratação de mulheres (COLLANERI, 2018).

A pressa na aprovação dificilmente favorecerá que a reforma tateasse a realidade empírica e numérica das trabalhadoras. Segundo o levantamento preliminar de Silva (2017, p. 63-64), são reduzidas as hipóteses de grau máximo (contatos com alguns agentes químicos e biológicos em centros cirúrgicos, necrotérios e bueiros, radiação cancerígena e altas pressões) e mínimo (alguns elementos químicos de menor agressividade) de insalubridade, concentrando-se em sua maioria no nível médio, a exemplo de ruídos, vibrações, temperatura, umidade, radiações não ionizantes e boa parte de agentes químicos e biológicos. “Talvez o caso mais preocupante seja o das gestantes empregadas em centros cirúrgicos, terapias intensivas e salas

de radiografia – profissões com boa aceitação da mão de obra feminina” (SILVA, 2017, p. 63).

Isso significa que a LRT, ao invés de promover e tornar atrativa a contratação de mulheres em novos campos profissionais, fez com que mulheres, que já atuam em áreas com expressivo contingente feminino, ficassem suscetíveis de contaminação e adoecimento.

Conforme o art. 394-A, III, é agora facultado à mulher lactante trabalhar em local insalubre de qualquer grau. Haveria algum tipo de vibração, ruído ou umidade que, mesmo em grau mínimo, não interfere na produção fisiológica do leite materno?

De acordo com o art. 394-A, II, a mulher gestante agora está livre para atuar em local insalubre de grau médio ou mínimo. Amontoam-se estudos científicos que garantem, por exemplo, que se uma gestante absorver uma determinada quantidade mínima de uma substância “x”, isso não afetará a formação do feto?

Lançamos algumas perguntas a título de problematizar algo que parece-nos não ter sido suficientemente sondado pelo legislador.

5 CONCLUSÃO

A Lei da Reforma Trabalhista representou um momento significativo, do ponto de vista histórico. A matéria controversa em torno da exposição a agentes insalubres, tema que rendeu sucessivos vetos e revisões de textos legislativos, levanta uma questão que poderia ser mais bem ventilada caso a LRT fosse mais ousada a ponto de ampliar o período de licença-maternidade para 180 dias, ou firmasse uma lei que estivesse mais consonante com as recomendações médicas sobre a amamentação

e a introdução alimentar das crianças.

É repulsivo que o Brasil não tenha conseguido introduzir na seara dos direitos trabalhistas um consenso que atravessa o campo da saúde, tanto em entidades internacionais como no âmbito dos órgãos governamentais competentes. Urge que esse lapso seja remediado.

A oportunidade mostrou que não se devem minimizar os pontos de convergência e afinidade entre a Lei 13.467/2017 e as Convenções da OIT, em especial a Convenção 103. Mas numa ocasião comemorativa, como esta em que se celebra o primeiro centenário da OIT, fazemos notar como são necessárias leis mais arrojadas para a promoção da saúde da mulher trabalhadora, onde se inclui medidas eficientes de proteção à maternidade. Não se exclua até mesmo uma revisão da Convenção 103, para se adequar as recomendações da OMS.

É nítido que a Reforma Trabalhista precisa ser revista no aspecto que permite à empregada gestante e lactante trabalhar em locais insalubres, salvo prescrição médica em contrário. Mas enquanto perdura essa determinação, ensaiamos um entendimento que busca decantar o que há de mais vantajoso na situação vigente. Há direções a serem exploradas, mesmo no convívio com elementos infaustos.

REFERÊNCIAS

ANAMATRA. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. *Reforma Trabalhista: enunciados aprovados*. Brasília, 2018.

BIONDI, Luigi. A greve geral de 1917 em São Paulo e a imigração italiana: novas perspectivas. *Cadernos AEL*, Campinas, v. 15, n. 27, jul./dez. 2009, p. 259-310.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

_____. Decreto nº 6.690, de 11 de Dezembro de 2008. Institui o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de Dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

_____. Lei nº 11.770, de 09 de Setembro de 2008. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal.

_____. Lei 13.287, de 11 de Maio de 2016. Acrescenta dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, para proibir o trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres.

_____. Lei nº 13.467, de 13 de Julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)

a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

_____. Ministério da Saúde. *Amamentação é a Base da Vida*. Brasília, 2018.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Saúde da criança: nutrição infantil - aleitamento materno e alimentação complementar*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009. (Série A. Normas e Manuais Técnicos) (Cadernos de Atenção Básica, n. 23).

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. *Direito do trabalho da mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática*. São Paulo: LTr, 2007.

CASSAR, Vólia Bomfim. *CLT comparada e atualizada com a reforma trabalhista*. 3. ed. São Paulo: Método; Rio de Janeiro: Forense, 2018.

COLLANERI, Carla Lourenço Tavares. A gestante em atividades insalubres: proteção ou discriminação? Uma visão acerca da legislação após as recentes alterações trazidas pela reforma trabalhista. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 175, ago. 2018.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Garantia de emprego da gestante: o item III da súmula 244 do TST. *CT Consultoria Trabalhista*, ano XLVII, n. 5, p. 39-43, 3 fev. 2013, semanal [Doutrina].

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

MAGALHÃES, Luana Elainy Rocha. O trabalho

da mulher à luz da OIT. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 124, maio 2014.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Convenções*.

_____. *Mulheres no trabalho: tendências 2016*. Genebra, Suíça, 2016.

PRONI, Thaíssa Rocha. *Proteção Constitucional à Maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal*. São Paulo: LTr, 2013.

SILVA, Homero Batista da. *Comentários à Reforma Trabalhista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SOUTO SEVERO, Valdete. O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista – ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. *História Contemporânea do Trabalho no Brasil*, 25 jul. 2017 [blog].

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto et al. *Reforma Trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Direito Internacional do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

WHO. World Health Organization. *Guideline: Protecting, promoting and supporting breastfeeding in facilities providing maternity and newborn services*. Genebra, Suíça, 2017.

MULHERES E MERCADO DE TRABALHO: DISCRIMINAÇÃO E AÇÕES AFIRMATIVAS

Mariana Piccoli Lerina

INTRODUÇÃO

Desde a Idade Antiga, passando pela Idade Média marcada pela inquisição, a posição social da mulher foi de subalternidade em relação à figura do homem. A história da humanidade aponta que os ancestrais humanos tinham um padrão de comportamento que atribuía ao sexo masculino a tarefa de caça e, por vezes, abandono do núcleo original para se unirem a outro, enquanto os membros do sexo feminino tinham atribuição de cuidado dos descendentes, em uma relação de dependência àquele a quem competia trazer o alimento para a família.

Em que pese haja estudos que identifiquem padrões diversos em determinados locais, bem assim que contestem tais relações baseadas em desigualdades, sem a participação da mulher em decisões importantes, é certo que, especialmente a partir do período neolítico, com o surgimento de ferramentas que permitiam a caça e a pesca, o homem assumiu o papel de provedor e de detentor da força física como elementos de sobrevivência, proteção e subsistência de seu

núcleo. Naquele período, enquanto o homem deixava o seu território para caçar e pescar, a mulher nele permanecia, padrão a partir do qual, posteriormente, se identificou a primeira divisão sexual do trabalho.

O domínio pela força física se intensificou nas primeiras disputas territoriais, em que a mulher, com menor força física que o homem, era subjugada, ficando, ainda, à margem de uma consideração como ser com direitos, especialmente quando lhe foi retirada a divindade pela concepção de vidas, a partir do desenvolvimento da agricultura, quando a representação de fertilidade da mulher e da terra foram dissociadas.

Baseado neste modelo, é possível afirmar que tais características foram apreendidas e absorvidas como características naturais de homens e mulheres desde a formação das primeiras sociedades até os dias de hoje. Não é por outro motivo que força física, brutalidade, agressividade e objetividade são comportamentos comumente atribuídos aos homens e, assim, formam o que o senso comum percebe como comportamento masculino; e características como dependência econômica

.....
Mariana Piccoli Lerina

Juíza do Trabalho Substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

e/ou emocional, sensibilidade e fragilidade são comportamentos atribuídos às mulheres, percebidos como comportamentos femininos.

Tal padrão decorre do fato de que característica que nossos antepassados assumiram como naturais e biológicas se tornaram desnecessárias na evolução das sociedades, pois o homem não depende mais da caça primitiva para sobreviver e, assim, suas conquistas não demandam mais sua imposição pela força, assim como o núcleo familiar não se desenvolve exclusivamente pela permanência da mulher no seu contexto. Os padrões foram incorporados, então, como naturais, mas na sua essência, por serem desnecessários, decorrem de uma mera imposição sociocultural.

Apar do modelo sociocultural, as mulheres foram alvo de domínio por conceberem vidas, porquanto, nas disputas territoriais, era necessário identificar a linha ascendente paterna e a única forma de fazer isso era tornar a mulher propriedade do homem. Sob tal modelo de domínio, ao homem foi assegurado manter a acumulação de riquezas dentro da sua descendência.

Além disso, foi sobre esses pilares que se construiu a sociedade patriarcal, dominada pelo homem, que coloca a mulher em uma situação de inferioridade física e psíquica, impondo-lhe o rótulo de ser frágil, dependente e irracional. E o capitalismo se apropriou desses modelos para fomentar a exploração das mulheres, remunerando-as com salários mais baixos que os dos homens. É uma realidade a partir do ingresso da mulher no mercado de trabalho, que se perpetuou no tempo, ainda que as atividades entre homens e mulheres sejam idênticas e ainda que o maquinário - e mais contemporaneamente a automação - permitam

que a mulher realize tarefas em pé de igualdade com o homem, inclusive quando demandar força física.

A quebra desses paradigmas, contudo, é possível, e os movimentos feministas abriram o caminho para a reflexão e a atuação da mulher na sociedade, na educação e no trabalho.

A partir daí se faz necessário o exame sobre a divisão do trabalho e as formas de discriminação da mulher neste contexto, mediante análise de dados objetivos sobre a matéria para, ao final, se buscar uma forma de suplantar este padrão pela via de ações destinadas à concretização da igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho.

1 Do Movimento Feminista às primeiras reflexões sobre a discriminação da mulher no mercado de trabalho

À mulher já foram dispensados diversos tratamentos, conforme o contexto histórico; já foi percebida como um objeto; também teve condição divina até se tornar a responsável pela decadência humana; pelo Antigo Testamento foi responsável pela expulsão de Adão do Paraíso. Na Idade Média, especialmente no período da inquisição, pela chamada caças às bruxas, foi alvo de perseguição religiosa e social, podendo ser tratada, no mesmo período, como santa, contexto em que se presta à reprodução.

Com a Revolução Francesa, em 1789, a mulher ainda era tratada em segundo plano social, mas o surgimento do capitalismo proporcionou um ambiente de protesto, dando espaço para o surgimento do movimento feminista.

O Manifesto Feminista ocorreu em 1848, inspirado no Manifesto Comunista, na

Convenção de *Seneca Falls*, no estado de Nova Iorque. E, em 1857, se destacou o movimento reivindicatório de 129 mulheres tecelãs da fábrica de tecidos *Cotton*, que trabalhavam em condições piores que as dos homens, que já eram ruins, no que se identificou a primeira greve promovida por mulheres, vítimas do incêndio provocado pelos donos da fábrica, marcando o dia 8 de março, hoje o Dia Internacional da Mulher.

Portanto, o movimento feminista nasce no contexto das relações laborais, na necessidade de regulamentação e na melhoria das condições de trabalho.

Mais contemporaneamente, as décadas de 60 e 70 foram marcadas por movimentos feministas, especialmente, nos Estados Unidos e na Europa, culminando com o decreto do Ano Internacional da Mulher, pela ONU, em 1975, que abriu caminho para que, em 1979, fosse aprovada a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher.

Nos anos 80, os estudos sobre as condições da mulher receberam maior atenção e foram aprofundados, colocando-se em pauta os conceitos e a teoria de gênero, culminando com a aprovação da Declaração Sobre Eliminação da Violência Contra a Mulher em 1993 e com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher em 1994. Em reforço aos direitos das mulheres, no contexto dos direitos humanos universais, têm destaque também a Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, e a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim, de 1995.

Aprovadas em décadas anteriores e em matéria de normas internacionais, importantes também são a Convenção sobre os Direitos

Políticos da Mulher, de 1952, internalizada pelo Brasil em 1963 e a já citada Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, internalizada em 1992.

E por um prisma mais amplo, no âmbito internacional é importante destacar a Carta das Nações Unidas de 1945, que estabeleceu entre seus propósitos e princípios a cooperação internacional para promoção e estímulo do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, além da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que prevê expressamente a igualdade entre homens e mulheres, direito fundamental também previsto na Constituição Federal de 1988.

De todas as normas internacionais mencionadas a de maior destaque, no contexto da matéria aqui tratada, é a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que prevê norma expressa de promoção de ações concretas para consolidar a igualdade entre homens e mulheres, a ser tratada oportunamente.

Não obstante, os resultados ainda não podem ser sentidos. Sandra Lia Simón destaca que:

“As estatísticas sobre o trabalho no Brasil são elucidativas. Cristina Bruschini, Membro do Conselho Estadual da Condição Feminina do Estado de São Paulo, em 1985, fez um balanço estatístico (a partir de dados do IBGE) da situação da mulher no Brasil, ‘Mulher e Trabalho’. O estudo foi motivado pelo fato de que, em 1975, a ONU – Organização das Nações Unidas, constatou, por relatório global que ‘em todos os países, independentemente de seu grau de desenvolvimento econômico, a mulher era um ser

tratado de forma desigual e inferior. Para superar tal situação, a ONU instituiu a Década da Mulher, durante a qual os países membros deveriam fazer um esforço em direção a superação de tal situação’.

O estudo concluiu que, mesmo após a década da mulher, a situação social e econômica das mulheres no Brasil era, ainda, de grande desigualdade. ‘Os dados analisados neste diagnóstico revelam que a mulher continua sendo uma trabalhadora discriminada, que ganha salários mais baixos que o homem, tem menor acesso do que ele às garantias trabalhistas, raramente ocupa postos de chefia e segue sendo agregada em “guetos” ocasionais. Além disso sua condição de trabalhadora remunerada é possibilitada ou constringida por sua posição na família, uma vez que a definição social de seu papel determina, como sua função prioritária, a reprodutiva e a doméstica’.”¹

Sobre o tema pontua, igualmente, Maira Neiva Gomes:

“Sem condições de ampla igualdade no trabalho mercantil, as mulheres não alcançaram as mesmas remunerações, as mesmas oportunidades os mesmos cargos dos homens. Sobrecarregadas pela culpa e a necessidade psicológica e social de assumirem também o trabalho doméstico, viram-se em condições de desigualdade na disputa concorrencial no trabalho mercantil. [...]”²

1 SIMÓN, Sandra Lia. O Ministério Público do Trabalho e a Proteção do Trabalho da Mulher. In: ARAUJO, Adriane Reis de; FONTENELE-MOURÃO, Tânia (org.). Trabalho de mulher: mitos, riscos e transformações. São Paulo: LTR, 2007. p. 38.

2 GOMES, Maíra Neiva. A divisão sexual do

Sob tal enfoque, verifica-se que, sobre os pilares de domínio da mulher como propriedade do homem, sem importância em processos de tomada de decisão e com menor remuneração, a par dos padrões criados que deram a homens e mulheres características rotuladas e limitadas e lhes impuseram assumir responsabilidades também restritas e ligadas ao sexo, surge a divisão sexual do trabalho, responsável pelas práticas discriminatórias em face da mulher no mercado laboral.

Conforme aponta Candy Florencio Thome:

“[...] a divisão sexual do trabalho tem as seguintes características: a relação entre os grupos de homens e de mulheres é antagônica, as diferenças constadas entre as práticas dos homens e as práticas das mulheres são construções sociais e não têm fundamento em causas biológicas, essa construção social tem uma base material e ideológica. [...]”³

Trata-se de uma espécie de recriação do domínio do homem sobre as mulheres, transferindo para as relações de trabalho o que o padrão incorporou na esfera social, aduzindo o autor que *“a divisão sexual do trabalho é fruto da dominação das mulheres efetuada pelo patriarcalismo por meio de construções históricas, sociais e ideológicas.*

.....
trabalho e a terceirização: um breve olhar feminista sobre o tema. Alguns aspectos sobre terceirização. In: FIGUEIREDO, Bruno Reis de; HAZAN, Ellen Mara Ferraz. Alguns aspectos sobre terceirização. Belo Horizonte: RTM, 2014. p. 221.

3 THOME, Candy Florencio. A divisão sexual do trabalho e seus impactos na saúde das trabalhadoras: o acometimento de LER/DORT. In: ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; DINO NETO, Nicolao (coord). Direito sanitário em perspectiva. Brasília: Fiocruz, 2015. p. 103.

[...]”⁴. Decorrência direta da divisão sexual do trabalho é a discriminação vertical e horizontal da mulher no mercado de trabalho.

A melhor doutrina sobre o tema identifica a discriminação vertical na quantidade menor de mulheres em cargos de remuneração mais elevada e em cargos com poderes de mando e gestão. Resultado e também causa deste efeito, em um ciclo de ideias que se retroalimentam, são as crenças de que há profissões para as quais as mulheres teriam maior talento, como se o sexo pudesse determinar essa propensão, atribuindo características biológicas à qualificação dos profissionais e à valoração das tarefas, além da necessidade de maior qualificação das mulheres para desempenhar a mesma função que o homem, justamente pelo fato de ser social e culturalmente subjugada.

Além disso, consolida-se a discriminação vertical indireta ao se determinar que certas ocupações e responsabilidades devem ser assumidas por homens, sob a equivocada ideia de que as características biológicas que lhe são próprias lhe atribuem certos trabalhos, e outros às mulheres, como se fossem inerentes ao sexo, mas que, na realidade, se tratam de comportamentos apreendidos a partir de um padrão sociocultural criado pela sociedade patriarcal.

Outra forma de discriminação decorrente da divisão sexual do trabalho é a discriminação horizontal, que importa na distribuição desigual entre homens e mulheres, de forma a gerar maior concentração de homens em determinado ramo de atividade. Neste aspecto, Eneida Lima de Almeida cita Diaz-Caneja e Nieto Rojas, que assim apontam:

“[...] Esta última implica a concentração

4 Idem.

de um mesmo grupo profissional ou categoria de um importante número de trabalhadores do mesmo sexo, sendo constatado que os postos onde existe uma maior porcentagem de mulheres costumam ser menos valorizados, com menor remuneração [...]”⁵

A divisão sexual, portanto, resulta que, pelos padrões construídos do que está reservado a homens e mulheres se neguem oportunidades de acesso a cargos de maior relevo dentro de uma estrutura organizacional pela justificativa de talentos natos e inerentes ao sexo. Contudo, basta uma reflexão, como a que se busca pelo presente trabalho, para se desconstruir a base que justifica o fato de as mulheres não atingirem cargos de mando, gestão e chefia com maior frequência, não receberem salários iguais aos dos homens e não atuarem na mesma proporção que estes em determinados ramos de atividades.

E as estatísticas em matéria de ocupação da mulher no mercado de trabalho revelam o quanto a discriminação vertical e a discriminação horizontal, seja de forma direta, seja de forma indireta, estão presentes nas relações de trabalho.

2 A MULHER NO MERCADO DE TRABALHO E AS ESTATÍSTICAS

A partir da conclusão de que a polarização dos sexos é uma construção social, sem relação com características biológicas, com a finalidade de manter o domínio sobre as mulheres, já não há mais justificativa para que elas não tenham

5 ALMEIDA, Eneida Lima de. Gênero e negociação coletiva: desigualdade entre homens e mulheres nas relações de trabalho. Curitiba: Juruá, 2014. p. 38.

as mesmas oportunidades de acesso a cargos, carreiras e profissões que são conquistados pelos homens, nem que não atinjam o mesmo patamar salarial no exercício de idênticas atividades. Não obstante, a realidade ainda revela o quanto dos conceitos e características impostos pela sociedade patriarcal estão incutidos na organização do trabalho.

Em 2018, o IBGE apurou que as mulheres trabalham, em média, três horas a mais por semana do que os homens, entre trabalho remunerado e trabalho doméstico, além de ainda receberem rendimento na ordem de menos de 80% da remuneração recebida pelos homens no exercício de idênticas tarefas profissionais. Além disso, o Instituto também apontou que, na iniciativa privada, apenas 39,1% dos cargos gerenciais eram ocupados por mulheres, atingindo um percentual de 43,1% em cargos de chefia entre mulheres de até 29 anos e um percentual de até 31,8% entre mulheres com 60 anos ou mais, revelando, além disso, uma discriminação etária.⁶

Ainda no âmbito da iniciativa privada, dados do IBGE de 2010 já apontavam que 81,5% do mercado de trabalho era de homens acima de 16 anos *versus* 58,8% de mulheres na mesma faixa etária. E quando analisada a realidade dos empregadores, 71,1% eram homens, na condição de microempresários do comércio, e 28,9% eram mulheres na mesma área. Maior proporção de empregadores homens também foi observada em empresas de médio e pequeno porte, bem como no setor de serviços.⁷

6 <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem>> Acesso em 29 Jan. 2019.

7 GOMES, 2014. p. 226.

Fabiola Marques também aponta que as mulheres são subrepresentadas nos Conselhos de Administração de empresas no mundo, mencionando como base da constatação a quinta edição do estudo “Women in the Boardroom – a global perspective”, realizado pela Deloitte. Referido estudo apurou que apenas 15% dos assentos dos Conselhos de Administração das mais de 7.000 empresas pesquisadas globalmente são liderados por mulheres. E os percentuais caem ainda mais quando analisados os cargos de CEO (4%). No Brasil, este percentual é de 6,3%, colocando o país na 37ª posição entre os países pesquisados.

O relatório do estudo em tela apontou, ainda, que a Noruega foi o primeiro país a estipular que, no mínimo, 40% dos assentos de administração devem ser ocupados por mulheres. Em que pese o estudo aponte que o percentual mínimo está sendo atendido, as mulheres ainda não ocupam a metade dos assentos totais, sendo que esta ocupação está no patamar de 42%.⁸

No contexto da advocacia, o padrão se repete. Conforme aponta Luciane Toss, “*em 86 anos de história da Ordem dos Advogados do Brasil, apenas nove mulheres presidiram seccionais*”⁹.

Além disso, Rita Cortez cita a pesquisa

8 MARQUES, Fabiola. Direito do Trabalho e Mulher Empregada – Conquistas e Desafios no Brasil do Século XXI. In: PINTO, Roberto Parahyba de Arruda; CAMARANO, Alessandra; HAZAN, Ellen Mara Ferraz (coord.). Feminismo, pluralismo e democracia. São Paulo: LTr, 2018. p. 120.

9 TOSS, Luciane. A política do reconhecimento e as mulheres: discursos dominantes que excluem as mulheres dos cargos de poder hierárquico nas carreiras jurídicas. In: PINTO, Roberto Parahyba de Arruda; CAMARANO, Alessandra; HAZAN, Ellen Mara Ferraz (coord.). Feminismo, pluralismo e democracia. São Paulo: LTr, 2018. p. 201.

realizada pela professora Patrícia Tuma Martins Bertolin, que analisou o trabalho das mulheres em sociedades de advocacia, a partir da qual constatou que os homens, no geral, estão no topo dos grandes escritórios e são os que concentram o poder decisório de quem será contratado e quem se tornará sócio, resultando duas posturas das mulheres: há aquelas que incorporam o comportamento dos homens, hostilizando outras mulheres, para serem mais bem aceitas; e há aquelas que assumem comportamento inclusivo como meio para quebrar outros paradigmas.¹⁰

Observa-se, portanto, que a percepção absolutamente distorcida sobre a mulher, que tem sua essência nos padrões socioculturais reservados a ela, se reflete no acesso a cargos de mando, gestão e chefia. Não é por outro motivo que, muito embora o acesso às carreiras públicas - fundado em princípios do Direito Administrativo, especialmente, no princípio da impessoalidade - tenha crescido em ocupação por mulheres, os cargos de maior representatividade ainda são ocupados por homens em percentual desproporcional à ocupação das mulheres em idênticos cargos de ingresso nas carreiras.

No contexto da Administração Pública, Tânia Fontenele-Mourão e Ana Lúcia Galinkin apontam que:

“Mesmo assim, o acesso feminino aos cargos de chefia é inversamente proporcional à importância e remuneração dos mesmos, como

10 CORTEZ, Rita. As mulheres, o mercado de trabalho, o teto de vidro das advogadas: desafios e expectativas. In: PINTO, Roberto Parahyba de Arruda; CAMARANO, Alessandra; HAZAN, Ellen Mara Ferraz (coord.). Feminismo, pluralismo e democracia. São Paulo: LTr, 2018. p. 294-298.

ilustrado na tabela a seguir. O grau de importância e de poder do cargo está diretamente relacionado à gradação do DAS. Quanto maior for sua responsabilidade no cargo, maior será o DAS, que varia entre níveis de 1 a 6.”¹¹

Ao exporem os dados sobre a ocupação dos cargos, demonstram que no nível inicial (DAS-1) há distribuição de ocupação quase de 50% para homens e 50% para mulheres, e no mais alto nível (DAS-6) o percentual de ocupação pelos homens é de 80% *versus* 20% de mulheres.

No âmbito do Ministério Público, a realidade não é diferente. Em junho de 2018, o Conselho Nacional do Ministério Público apresentou o estudo “Cenários de Gênero”, pelo qual a Comissão de Planejamento Estratégico do Conselho realizou levantamento de dados nos ramos e unidades do Ministério Público brasileiro relativos à participação das promotoras e procuradoras em cargos de mando, decisão, chefia e assessoramento na Instituição.

Além de dados específicos da Instituição, o estudo traz um relevante panorama geral sobre desigualdade entre homens e mulheres, especialmente, no âmbito das relações de trabalho. Neste aspecto, segundo dados coletados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ao analisar as “Estatísticas de Gênero” constatou que:

“[...] as mulheres dedicam aos cuidados de pessoas ou afazeres domésticos 73%

11 FONTENELE-MOURÃO, Tânia; GALINKIN, Ana Lúcia. O que pensam as mulheres no topo da carreira? In: ARAUJO, Adriane Reis de; FONTENELE-MOURÃO, Tânia (org.). Trabalho de mulher: mitos, riscos e transformações. São Paulo: LTR, 2007. p. 145.

a mais de horas do que os homens, percentual ainda mais expressivo na Região Nordeste, que atingiu patamar de 80%.

O estudo conclui ainda que as mulheres seguem recebendo cerca de 3/4 dos valores percebidos pelos homens e, mesmo com maior taxa de escolaridade, ocupam apenas 39,1% dos cargos gerenciais e se encontram sub-representadas na esfera da vida pública, de tal modo que o Brasil ocupa a 152ª posição entre os 190 países que informaram o percentual de cadeiras no Parlamento.

Entre as conclusões do estudo, apontou o IBGE que 'de uma forma geral, o caminho a ser percorrido em direção à igualdade de gênero, ou seja, em um cenário onde homens e mulheres gozem dos mesmos direitos e oportunidades em todas as dimensões ainda é longo para as mulheres e ainda mais tortuosos se esta for preta ou parda e residir fora dos centros urbanos das Regiões Sul e Sudeste.'¹²

Apresentando a realidade da Instituição, o estudo citado apontou que o Ministério Público brasileiro, englobando os quatro ramos do Ministério Público da União – Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, assim como as 26 unidades dos Ministérios Públicos dos Estados, é composto por 5.219 promotoras e procuradoras, ao lado de 7.802 promotores e procuradores, o que resulta num percentual de 40,1% de mulheres e 59,9% de homens.

Tais percentuais revelam que o ingresso

na carreira, na atualidade e nos últimos anos, se coaduna com a almejada igualdade entre os gêneros. Contudo, quando passamos a observar os dados relativos à atuação das mulheres em cargos de mando, decisão e chefia a realidade muda substancialmente.

Conforme o estudo realizado pela Comissão de Planejamento Estratégico do Conselho Nacional do Ministério Público, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, as mulheres atuaram como Procuradoras-Gerais em 73 mandatos, ao passo que os homens atuaram em 413 mandatos, numa proporção, portanto, de 15% para 85%. Realidade similar se observa no cargo junto à Corregedoria-Geral, em que, desde a Constituição de 1988, foram 105 mandatos exercidos por mulheres e 363 mandatos exercido por homens, uma proporção de 22% para 78%.

E o mesmo se observa em relação aos cargos de confiança de Chefe de Gabinete, Secretário-Geral e Assessor, nos quais, nos últimos dois mandatos, ocorreu predomínio na nomeação de profissionais homens, sempre na proporção de, no mínimo, 70%.

E a desigualdade também foi observada junto aos Conselhos Superiores, aos Colégios de Procuradores (Ministério Público Estadual e Ministério Público do Distrito Federal), assim como nas Subprocuradorias (Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho e Ministério Público Militar), em que os homens ocuparam cargos na proporção superior a 60%.

Ocupação equilibrada de cargos foi observada apenas junto às Ouvidorias, em que a proporção foi de 47% de ocupação por mulheres e 53% por homens.

E junto às Associações regionais e nacional de membros do Ministério Público

12 <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/20180625_CENARIOS_DE_GENERO_v.FINAL_3.1_1.pdf> Acesso em 29 jan. 2019.

a desigualdade não foi diferente, sendo as lideranças classistas ocupadas por homens em percentual de, no mínimo, superior a 85%. Igualmente, o Conselho do Ministério Público, criado em 2005, que contou com 11 mandatos de mulheres *versus* 87 mandatos de homens, na proporção, portanto, de 11% e 89%.

No âmbito da Magistratura, em 2018, o Conselho Nacional de Justiça realizou levantamento de dados e divulgou um estudo (Perfil Sociodemográfico dos Magistrados), que revelou que as mulheres representam 38% da magistratura, sendo que a Justiça do Trabalho é a que conta com a maior percentual de profissionais do sexo feminino (47%), seguida da Justiça Estadual (36%) e da Justiça Federal (32%).

Ainda, o estudo traz dados quanto à ocupação de cargos de juiz de primeiro grau, em que as mulheres representam 44% dos juízes substitutos e 39% dos juízes titulares, bem como de magistrados de segundo grau, cujo percentual reduz para 23% dos desembargadores¹³.

Na Magistratura junto aos Tribunais Superiores esta desproporção é mais elevada. Em 2018, o Supremo Tribunal Federal contava com duas ministras na composição de onze ministros na casa; no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal Superior do Trabalho são 33 ministros em cada casa, e compõem o Plenário de cada uma das casas apenas seis mulheres. No Tribunal Superior Eleitoral a representação feminina é de dois cargos no total de sete ministros.

13 <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/49b47a6cf9185359256c22766d5076eb.pdf>> Acesso em 29 Jan. 2019.

Na nova legislatura da Câmara dos Deputados (2019/2022), a bancada feminina subiu de 51 para 77 deputadas, sendo que 43 delas assumem o cargo de deputada federal pela primeira vez, representando um aumento de 5% na ocupação. Contudo, analisando o percentual sobre o total de cadeiras, a ocupação das mulheres é de apenas 15%.¹⁴

Portanto, a realidade que se apresenta é a de que a mulher, além de ainda não ser remunerada da mesma forma que o homem, tem menor representatividade em cargos de mando, de chefia e, inclusive, de maior destaque público, revelando-se uma confirmação daquele padrão já descrito, que às mulheres devem ser reservadas ocupações em que não participem de processos decisórios, tal como a posição que lhe é atribuída no lar na sociedade patriarcal, e ocupações em que não recebam remuneração idêntica à do homem, para que sigam dele dependendo.

Contudo, há meios de suplantar esta distorção e o que a melhor doutrina sobre o tema aponta, com bons resultados em relação a outras minorias, são as ações afirmativas.

3 AÇÕES AFIRMATIVAS

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, IV, estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção de todos, vedando todas as formas de discriminação. Na mesma linha, o artigo 5º, *caput*, positivou o princípio da isonomia.

14 <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/564035-BANCADA-FEMININA-NA-CAMARA-SOBE-DE-51-PARA-77-DEPUTADAS.html>> Acesso em 29 Jan. 2019.

A vedação ao tratamento discriminatório foi, igualmente, trazida para o âmbito das relações de emprego, conforme se infere da regra da Convenção 111 da OIT, internalizada pelo ordenamento jurídico nacional, segundo a qual a discriminação pode ser compreendida, entre outras formas, como *“qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão [...]”*¹⁵.

Adoutrina aponta que as ações afirmativas foram criadas na década de 60, nos Estados Unidos, para combater a discriminação racial, e se revelaram importante mecanismo para assegurar a inclusão de minorias, constituindo-se meio de discriminação positiva para fins de concretização da igualdade material, que autoriza o tratamento desigual àqueles que não se encontram em circunstância idêntica.

Eneida Lima de Almeida aponta que:

“[...] Rafael Sastre Ibarreche, em interessante estudo, elucida-nos que doutrinariamente se costuma distinguir vários tipos de ações positivas. As que se relacionam mais estritamente com nosso ponto examinado são, no dizer do autor mencionado, ‘as que pretendem compensar discriminações sofridas no passado, mas que podem se estender até o momento, e se traduzem no estabelecimento de preferências a favor do grupo favorecido, muitas vezes sob a forma de cotas’. As ações positivas a favor das mulheres buscam corrigir uma

desigual situação de partida mediante um trato singular mais favorável com o fim de compensar uma situação de desigualdade substancial generalizada por razão de sexo.”¹⁶

No Brasil, a legislação previu ações afirmativas, no âmbito das relações de trabalho, em relação às pessoas com deficiência (artigo 93 da Lei 8213/91 e artigos 428 e 429 da CLT) e, ainda, na Lei 12.034/2009, pela qual cada partido ou coligação é obrigado a preencher o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo, além de dever reservar 5% do Fundo Partidário à criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, e também destinar ao menos 10% do tempo de propaganda partidária eleitoral para difundir e promover a participação política feminina.

Além disso, as ações afirmativas para inclusão das mulheres no mercado de trabalho e fomento de sua ocupação têm base constitucional específica, conforme artigo 7º, XX, que prevê a *“proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”*¹⁷.

E a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 373-A, também corrigiu distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho, assim como o fez a partir das revogações promovidas pela Lei 7.855/89 de artigos da CLT, que sob o pretexto de proteger a mulher estabelecia regras que, na prática, lhe dificultavam a contratação, a par da revogação

15 BRASIL. Decreto 62.150, de 19 de Janeiro de 1968. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm > Acesso em 31 Jan. 2019.

16 ALMEIDA, 2014. p. 36.

17 BRASIL. Constituição Federal da República, 05 out. De 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 31 Jan. 2019.

do dispositivo que determinava que a mulher necessitava de autorização marital ou paterna para o trabalho. A Lei 9.029/95 também se trata de importante mecanismo contra práticas discriminatórias de acesso ao trabalho.

Não obstante seja possível concluir que a legislação infraconstitucional em matéria de ações para promoção dos direitos das minorias aqui tratadas é escassa, o Brasil conta com importante norma internacional internalizada que trata especificamente o tema, qual seja, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que em seu artigo 4º assim dispõe:

“Artigo 4º

1. A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.

2. A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais inclusive as contidas na presente Convenção, destinada a proteger a maternidade, não se considerará discriminatória.”¹⁸

Referido dispositivo normativo prevê expressamente a adoção de ações positivas

18 BRASIL. Decreto 4.377, de 13 de Setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm> Acesso em 31 Jan. 2019.

para suplantar desigualdades e, no caso do Brasil, conforme dados estatísticos apontados é possível concluir que, a par de normas e legislação que proibam condutas discriminatórias de acesso e de manutenção de mulheres no emprego - também um modelo de ação afirmativa -, se faz necessária uma regulamentação que contemple a possibilidade de reserva mínima de postos de trabalho em determinadas ocupações em que predominam homens e, especialmente, em cargos de mando, gestão e chefia, nos quais as mulheres também atuem no processo de tomada de decisões importantes, sendo-lhes garantida a igualdade de remuneração.

Não se trata, portanto, de uma problemática a ser solucionada entre empregador e empregada ou simplesmente pela via judicial, é questão a ser solucionada com legislação prevendo critérios, obrigações e penalidades que assegurem o cumprimento da reserva, a par de políticas de orientação, conscientização, além de fiscalização.

E neste contexto, há que se dar especial destaque às ações de conscientização e quebra dos padrões impostos. Candy Florencio Thome, comentando o estudo realizado pelo autor francês *Bordieu* sobre a sociedade *cabila*¹⁹, a partir do qual demonstrou que a polarização dos sexos era construída socialmente, sem relação com dados biológicos, citou que:

“[...] a dominação de sexo já está tão incutida na sociedade, fazendo parte de seu *habitus*, que a mera consciência das mulheres dessa dominação não é suficiente para cessar a ‘violência

19 A sociedade *cabila* é formada por povo nômade do norte da África e foi objeto das primeiras pesquisas de Pierre Bourdieu.

simbólica' engendrada por tal dominação e que, mesmo a atuação dos movimentos sociais como grupos de defesa das mulheres ou sindicatos pouco ou nada podem fazer para mudar tal situação"²⁰.

Portanto, trata-se de um processo que deve abarcar a atenção para as minorias e a superação dos modelos sociais impostos para que as ações afirmativas sejam efetivas e atinjam a finalidade de dar às mulheres as mesmas oportunidades de ingresso, manutenção e crescimento no mercado de trabalho, além do recebimento de iguais salários, até o dia em que o sexo não será o determinante a ditar previamente o destino das pessoas.

CONCLUSÃO

Com efeito, algumas mulheres ainda se percebem em circunstância de vulnerabilidade, ao concluir que devem incorporar o comportamento que se determinou como padrão, criando entendimento equivocado de que determinadas atividades profissionais são próprias de homens, e que determinadas tarefas domésticas e responsabilidades no âmbito familiar dependem e devem ser executadas apenas pela mulher; ou, ainda, ao se colocarem em um lugar que consolidará sua afirmação por intermédio do casamento ou da maternidade, mesmo quando isso não é determinado por sua genuína vontade. Isto decorre das crenças relacionadas às características tidas como

biológicas, mas que resultam puramente de padrões socioculturais impostos.

Não obstante esta percepção traduza uma visão de certo modo pessimista sobre o tema, a par dos dados trazidos neste estudo e também da conclusão de que ainda há um longo caminho a percorrer até a concretização da igualdade material entre homens e mulheres, é certo que a superação das crenças sobre as quais se constituiu a sociedade patriarcal não será alcançada se não com o envolvimento de toda a sociedade, inclusive, homens, e isso não é mero discurso baseado em valores de solidariedade.

Conforme foi verificado, o movimento feminista teve sua primeira manifestação no contexto das relações de trabalho, sendo, portanto, as mulheres protagonistas dos movimentos sociais. Para os detentores do capital e dos meios de produção, essa movimentação apontou para a necessidade de melhoria das condições de trabalho, que em relação aos homens também eram ruins. A forma, então, de deixar as mulheres à margem deste pioneirismo é colocá-la de volta ao seu lugar, tido como natural, qual seja, a casa, onde trabalhará sem remuneração e continuará a depender de um homem para viver e sobreviver. O resultado disso é a exploração dos homens, retirando-lhes, igualmente, a força para melhorar sua condição social, pois, ao menor sinal de movimentação, por certo, o fomento do trabalho da mulher voltará a interessar. Neste sentido aponta Ellen Mara Ferraz Hazan:

“[...] Desde a primeira revolução industrial, como era necessário, para o desenvolvimento das indústrias que homens aceitassem passivos o comando dos patrões e a generalização da pobreza, além de várias questões

20 THOME, Candy Florencio. A divisão sexual do trabalho e seus impactos na saúde das trabalhadoras: o acometimento de LER/DORT. In: ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; DINO NETO, Nicolao (coord). Direito sanitário em perspectiva. Brasília: Fiocruz, 2015. p. 104.

utilizadas como aquelas defendidas pelas igrejas, que o trabalho enobrece o homem, etc, utilizou-se o sentimento de inferioridade que o homem sentia em relação à mulher, para colocá-lo como inimigo da mulher e, assim, dominá-la e subjuga-la.

[...]

Tanto é certo que o homem do povo, a classe que vivia do trabalho, no início das movimentações em prol do sufrágio universal e de melhores condições de vida, foram substituídos pelos empresários, pela mão-de-obra feminina, cujos salários eram 50% menor que dos homens e estes, para não se sentirem humilhados perante suas mulheres, acabaram aceitando a redução dos seus salários e a luta foi abandonada. [...]”²¹.

A partir do exame de dados estatísticos relativos à atuação da mulher no mercado de trabalho, observa-se que a mulher sofre discriminação, de cunho vertical e horizontal, de forma direta e indireta. Se por um lado esta realidade é sombria, por outro a boa notícia é que nosso ordenamento jurídico conta com arcabouço normativo, inclusive de cunho constitucional, capaz de dar fundamento à construção de um sistema regulamentado de ações afirmativas para superação das assimetrias relacionadas ao sexo verificadas no mercado de trabalho.

E é preciso ir além disso. As políticas de conscientização, para mudanças das crenças sobre papéis definidos para homens e

mulheres, no que se baseia a divisão sexual do trabalho, deve envolver homens e mulheres, e especialmente estas últimas, que devem ser encorajadas para que ocupem este espaço, para que eliminem a ideia de que se tornarão fortes ao lado da figura de um homem, para que deixem de assumir todas as responsabilidades domésticas e familiares, dando também espaço para que os homens se evolvam neste contexto.

A almejada igualdade entre os sexos reverte em benefício de todos. A mulher com voz ativa e em destaque é protagonista de conquistas não apenas para questões a ela relacionadas, mas para a melhoria das condições sociais de todos. A mulher valorizada no mercado de trabalho fomenta a valorização da mão-de-obra de um modo geral, eleva o poder aquisitivo da classe trabalhadora e isso reverte também para o bem da economia do país e, em último plano, mundial.

Portanto, o enfretamento das desigualdades deve ser uma luta coletiva e as ações afirmativas neste ponto atingirão sua finalidade à medida em que a inserção, a manutenção e a valorização da mulher no mercado de trabalho seja tão natural como os padrões que foram incorporados e mantidos pelo senso comum sobre o seu papel na vida em sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Eneida Lima de. **Gênero e negociação coletiva: desigualdade entre homens e mulheres nas relações de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2014.

ALMEIDA, Tatiana Conceição Fiore de. **A**

21 HAZAN, Ellen Mara Ferraz. A mulher no direito do trabalho. In: SILVA, Antônio Álvares da ... [et al.] (org). Direitos do trabalhador: teoria e prática: homenagem à Professora Alice Monteiro de Barros. Belo Horizonte: RTM, 2015. p. 213.

(des)valorização laboral da mulher e a sua transformação social através das princesas dos contos de fadas. *In:* PINTO, Roberto Parahyba de Arruda; CAMARANO, Alessandra; HAZAN, Ellen Mara Ferraz (coord.). *Feminismo, pluralismo e democracia.* São Paulo: LTr, 2018. p. 330-340.

ARAUJO, Adriane Reis de; FONTENELE-MOURÃO, Tânia (org.). **Trabalho de mulher: mitos, riscos e transformações.** São Paulo: LTR, 2007.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; GRAMPA, Victor Henrique. **As ações afirmativas no direito do trabalho: unindo redistribuição e reconhecimento.** *In:* CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (coord.). *CLT - 70 anos de consolidação: uma reflexão social, econômica e jurídica.* São Paulo: Atlas, 2013. p. 141-160.

(____); COHEN, Mary Lucia do Carmo Xavier; MOURÃO, Silvia Marina Ribeiro de Miranda. **Mulheres brasileiras no mercado de trabalho: do chão de fábrica aos grandes escritórios de advocacia.** *In:* PINTO, Roberto Parahyba de Arruda; CAMARANO, Alessandra; HAZAN, Ellen Mara Ferraz (coord.). *Feminismo, pluralismo e democracia.* São Paulo: LTr, 2018. p. 261-266.

BRASIL. Constituição Federal da República, 05 out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 31 Jan. 2019.

BRASIL. Decreto 62.150, de 19 de Janeiro de 1968. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Disponível em: <[\[planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm\]\(http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm\)> Acesso em 31 Jan. 2019.](http://www.</p>
</div>
<div data-bbox=)

BRASIL. Decreto 4.377, de 13 de Setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm> Acesso em 31 Jan. 2019.

CARDONE, Marly Antonieta. **Aspectos histórico-sociais do direito do trabalho da mulher.** *In:* DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (org.). *Direito do trabalho e direito da seguridade social: contrato de trabalho.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1307-1336.

CORTEZ, Rita. **As mulheres, o mercado de trabalho, o teto de vidro das advogadas: desafios e expectativas.** *In:* PINTO, Roberto Parahyba de Arruda; CAMARANO, Alessandra; HAZAN, Ellen Mara Ferraz (coord.). *Feminismo, pluralismo e democracia.* São Paulo: LTr, 2018. p. 294-298.

GOMES, Maíra Neiva. **A divisão sexual do trabalho e a terceirização: um breve olhar feminista sobre o tema. Alguns aspectos sobre terceirização.** *In:* FIGUEIREDO, Bruno Reis de; HAZAN, Ellen Mara Ferraz. *Alguns aspectos sobre terceirização.* Belo Horizonte: RTM, 2014. p. 209-232.

HAZAN, Ellen Mara Ferraz. **A mulher no direito do trabalho.** *In:* SILVA, Antônio Álvares da ... [et al.] (org.). *Direitos do trabalhador: teoria e prática: homenagem à Professora Alice*

Monteiro de Barros. Belo Horizonte: RTM, 2015. p. 209-222.

(____). **A violência (in)visível e as mulheres.** *In:* PINTO, Roberto Parahyba de Arruda; CAMARANO, Alessandra; HAZAN, Ellen Mara Ferraz (coord.). *Feminismo, pluralismo e democracia.* São Paulo: LTr, 2018. p. 99-104.

MARQUES, Fabíola. **Direito do Trabalho e Mulher Empregada – Conquistas e Desafios no Brasil do Século XXI.** *In:* PINTO, Roberto Parahyba de Arruda; CAMARANO, Alessandra; HAZAN, Ellen Mara Ferraz (coord.). *Feminismo, pluralismo e democracia.* São Paulo: LTr, 2018. p. 119-130.

NOVAIS, Denise Pasello Valente. **Discriminação da mulher e direito do trabalho: da proteção à promoção da igualdade.** São Paulo: LTr, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção dos direitos humanos das mulheres no sistema interamericano.** *In:* PINTO, Roberto Parahyba de Arruda; CAMARANO, Alessandra; HAZAN, Ellen Mara Ferraz (coord.). *Feminismo, pluralismo e democracia.* São Paulo: LTr, 2018. p. 143-149.

THOME, Candy Florencio. **A divisão sexual do trabalho e seus impactos na saúde das trabalhadoras: o acometimento de LER/DORT.** *In:* ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; DINO NETO, Nicolao (coord.). *Direito sanitário em perspectiva.* Brasília: Fiocruz, 2015. p. 100-118.

TOSS, Luciane. **A política do reconhecimento e as mulheres: discursos dominantes que excluem as mulheres dos cargos de poder**

hierárquico nas carreiras jurídicas. *In:* PINTO, Roberto Parahyba de Arruda; CAMARANO, Alessandra; HAZAN, Ellen Mara Ferraz (coord.). *Feminismo, pluralismo e democracia.* São Paulo: LTr, 2018. p. 200-207.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro. **Mulher e mercado de trabalho: um estudo sobre igualdade efetiva: baseado no mercado normativo Espanhol.** São Paulo: LTR, 2016.

VENDRAMINI, Eliana Faleiros; ALIVERTI, Tatiana Lages. **A convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e o seu protocolo facultativo.** *In:* DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (org.). *Direito do trabalho e direito da seguridade social: direito coletivo, administrativo, ambiental e internacional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1081-1100.

A FALTA QUE FAZ: CONVENÇÃO N. 156, OIT, CONCILIAÇÃO DOS TEMPOS E CORRESPONSABILIDADE

Bárbara Ferrito

1. Introdução

Há cem anos a existência de um organismo internacional procura frear o ímpeto capitalista e civilizar as relações de trabalho, por meio de regulações que humanizam a relação de trabalho e tornam a exploração do trabalhador possível. A ambivalência do direito do trabalho deixa claro, portanto, suas finalidades últimas: proteger o trabalhador, na medida necessária para viabilizar a sua exploração.

Para tal mister, indispensável o apoio das nações independentes, que devem, então, acolher as normas editadas como suas, alcançando, ou ao menos tentando alcançar, os padrões de civilidade fixados como mínimos para o mundo. Isso, porém, nem sempre ocorre. Quer porque a ratificação da convenção é feita como mera formalidade, sem intenção alguma de torna-la efetiva, quer porque esta sequer é assinada, há inúmeras formas de o Estado dificultar o sucesso da empreitada da Organização Internacional do Trabalho.

Desta forma, falar dos cem anos da instituição significa também enfrentar aquilo que falta, que não foi assinado ou ratificado, a tutela não efetiva. Dentre as inúmeras Convenções que, para o Brasil, repousam no esquecimento da não incorporação ao direito pátrio, tem-se a Convenção 156, que trata das trabalhadoras e trabalhadores com encargos familiares. A importância de trazer à lente esta Convenção repousa na necessidade premente de se pôr em debate o trabalho das mulheres e como os estereótipos de gênero afetam a sua disponibilidade para o mercado de trabalho. Quer diante da erupção de debates feministas, quer por causa do crescimento da participação das mulheres no mercado de trabalho, esse tema assume sua relevância e, com ele, o debate sobre a conciliação dos tempos.

Busca-se, então, apresentar a Convenção, a fim de demonstrar a importância da temática por ela abordada, analisar de forma crítica suas questões e soluções, bem como problematizar a não ratificação deste tratado pelo Brasil. Para

.....
Bárbara Ferrito

Graduada em Direito pela UFRJ, Especialista em direito público pela Universidade Gama Filho, Mestre em direito pela UFRJ, Juíza do trabalho do TRT da primeira região.

isso, o texto está dividido em três partes. Em um primeiro momento, enfrenta-se a abordagem teórica de conceitos indispensáveis para o exame do trabalho das mulheres, realçando a divisão sexual do trabalho, como sistema que particulariza o ingresso das mulheres no mercado de trabalho. Ultrapassada o exame do gênero, a conciliação da vida laboral, familiar e pessoal assume a centralidade, não apenas como tema da Convenção, mas também, ao lado da corresponsabilidade, como mudança paradigmática da análise dos tempos. Por fim, aborda-se frontalmente a convenção, a partir de seu texto e da recomendação correlata.

2. Divisão sexual do trabalho

Carole Pateman, no livro “O contrato sexual”, aborda profundamente a existência, ao lado do contrato social, de um contrato sexual. Aquele teria criado o Estado Moderno, por meio do qual os indivíduos abririam mão de parcela de sua liberdade e soberania em favor do Estado, que, em troca, proporcionaria segurança, dando fim ao estado de natureza. O contrato sexual, a seu turno, excluiria as mulheres daquele contrato social, já que estas não eram consideradas indivíduos para aquele fim, excluindo-as da cidadania plena produzida. Expor esse contrato sexual-social obscurecido significa, para a autora, evidenciar as origens do patriarcado (PATEMAN, 1993, p. 35), como sistema de dominação masculina.

Essa exclusão do contrato social gerou uma clivagem muito conhecida das autoras feministas entre as esferas pública e privada. Primeiramente, vale a pena trazer as observações de Susan M. Okin, para quem é preciso cuidado ao tratar dessa dicotomia, na

medida em que ela parte de dois critérios, um, referente à acessibilidade do Estado à vida dos sujeitos; e, outra, que distinguiria o âmbito doméstico do não doméstico. Essa distinção ganha relevo, uma vez que a ideia de “*sociedade civil*” na primeira classificação se enquadraria no âmbito privado, e, na segunda, no público, gerando confusão terminológica (OKIN, 2008, p. 307). Seguindo sugestão da autora, adotar-se-á os termos público e doméstico.

Diante da cisão dos espaços, à esfera pública, da política e economia, foi reservada aos homens, enquanto às mulheres coube o espaço doméstico, do lar e do cuidado. Não se trata, pois, de algo dado. A cisão foi construída. O cárcere das mulheres ao lar não decorre, pois, de uma suposta natureza feminina¹.

Decorre, então, dessa separação, a diferenciação entre trabalho produtivo e trabalho reprodutivo. O trabalho produtivo, inserido na cadeia capitalista de produção, é realizado pelo homem, no âmbito público, e, por isso, é remunerado. Já o trabalho reprodutivo, consistente no serviço doméstico e de cuidado, isto é, nos serviços que, estando fora da cadeia produtiva, tendem a tornar a vida do sujeito ou das pessoas ao seu redor possível ou mais confortável, típico do âmbito doméstico, recaiu sobre as mulheres (KERGOAT, 2016, pp 17-26). Nesse ponto, interessante análise é feita por Martinez Veiga (1995, p. 21), segundo o qual a própria lei de acidente de trabalho, ao trazer a conceituação do empregado tutelado pelo Direito do Trabalho, exclui, de forma oblíqua,

1 É por isso que, em matéria de estudos das mulheres, o termo *gênero* ainda parece ter seu lugar, mormente quando o assunto é trabalho das mulheres. Pelo termo, dá-se relevo às construções culturais que circundam o sexo, muitas vezes olvidadas pelas naturalizações feitas pela sociedade.

as mulheres: diz a lei que trabalho é aquilo executado fora do âmbito do lar. Não é difícil perceber que, por muito tempo, trabalho era o que o homem fazia. As atividades femininas, ainda que demandem tempo, esforço, treinamento e intelecto, recebiam outro nome e, por isso, outra regulação e efeitos.

Além disso, o desenho institucional do mercado foi forjado a partir da imagem do operário casado com uma mulher responsável pelos serviços de reprodução. A *“persistente figura do “trabalhador”, o artesão, com um macacão limpo, um saco de ferramenta e uma marmita, é sempre acompanhada pela figura espectral de sua esposa”* (PATEMAN, 1993, p.196). O sistema capitalista dava remuneração e visibilidade apenas ao labor do homem, posto que explorasse toda a unidade familiar.

Múltiplas causas levam ao ingresso das mulheres ao mercado de trabalho, sem que isso implique no trajeto contrário dos homens, que não assumem as tarefas domésticas. Assim, as mulheres passam a acumular funções no mercado de trabalho, sem se desvincular de suas atribuições domésticas, na prestação de serviços de cuidado. Tal inclusão é feita a partir da ideia de divisão sexual do trabalho, que indica a cisão do mercado de trabalho conforme o sexo dos indivíduos. Para Kergoat, essa divisão obedece duas lógicas: a lógica da separação, segundo a qual existem trabalhos próprios de homens e trabalhos próprios de mulheres; e a lógica da hierarquia, que afirma valer o trabalho próprio dos homens mais do que os trabalhos próprios das mulheres (KERGOAT, 2009, p. 67).

A lógica da hierarquia não enfrenta apenas a questão do valor econômico do trabalho, muito embora a brecha salarial esteja na pauta feminista. Trata-se de abordar a hierarquia social

criada por essa valoração (KERGOAT E HIRATA, 2003, p. 113), baseada na ideia de dominação patriarcal, já que as relações sociais em geral adotam como fôrma um modelo de família que pressupõe o labor gratuito das mulheres na seara doméstica.

Ambas as lógicas decorrem da crença no chamado mito da fragilidade feminina. Por essa narrativa, as mulheres teriam, em razão de sua compleição física e hormonal, menor capacidade para certos tipos de serviço. Neste rol, não se incluíam apenas os que demandam vigor físico, mas trabalhos de liderança, gerência, entre outros. Especificamente quanto ao esforço braçal, essa crença é desmentida em diversos episódios na história. Angela Davis narra que, nas lavouras de algodão, cobrava-se a mesma produtividade dos escravos e das escravas, não havendo distinção de gênero ali (DAVIS, 2016, p. 17-19). As mulheres poderiam ser vistas, ainda, nas mesmas condições que os homens, trabalhando enquanto amamentavam seus filhos. Igualmente, no museu do campo de concentração de Dachau, é possível ver as histórias de judias feitas prisioneiras, das quais exigiam-se os mesmos serviços de seus colegas homens. Nos dois casos, as mulheres acumulavam, ainda, as violências sexuais sofridas nesses ambientes. Portanto, quando os seres são desumanizados e coisificados, a diferença de sexo não gera qualquer afetação na capacidade laboral do indivíduo. Apenas quando conveniente ao mercado e a própria sociedade, ou algumas parcelas desta sociedade, é que essa diferenciação é feita e alçada à condição de dogma da natureza.

Ao trazer a dicotomia trabalho reprodutivo e trabalho produtivo, bem como a própria noção de divisão sexual do

trabalho, descortina-se o véu do suposto amor incondicional das mulheres², para perceber que, independente da força motriz que movimentam tais tarefas, esses encargos devem ser vistos como trabalho, pois demandam tempo, esforço físico e intelectual. A ausência de remuneração decorreria da organização da sociedade, e não de um hipotético desvalor próprio.

A divisão sexual do trabalho moldou, e ainda molda em certa medida, o ingresso das mulheres nas diversas carreiras e profissões. Além disso, a manutenção da prestação exclusiva dos trabalhos domésticos também limitou o tempo disponível pelas mulheres para o mercado de trabalho, afetando sua liberdade de eleição de emprego. Escolhendo, pois, carreiras que possibilitassem melhor adequação dos diversos tempos, que deveriam ser conciliados só pelas mulheres.

3. Conciliação da vida laboral, familiar e pessoal e corresponsabilidade

As mulheres ingressam, pois, no mercado de trabalho tentando se adaptar a uma realidade que não foi feita para elas, por elas ou a partir delas. Se o operário era o indivíduo que poderia se dedicar com exclusividade ao trabalho remunerado, as mulheres não ostentam esse privilégio (BANDEIRA E PRETURLAN; 2016, p. 51). Essa incongruência entre a matriz de modelo de direito do trabalho e os papéis de gênero explica as dificuldades enfrentadas pelas mulheres para se adequar ao mercado de trabalho. Não é a toa que, inicialmente, a

Consolidação das Leis do Trabalho adotou uma postura paternalista ao tratar do trabalho das mulheres, disciplinada como se incapaz fossem. As mulheres eram uma espécie de trabalhadores imperfeitos, incompleto (GOSDAL, 2003, p. 83).

Nessa fase paternalista, a normatização visava proteger a mulher, impedindo sua exposição a ambientes danosos, quer a sua saúde, quer a sua moral. É dizer, a tutela era realizada a partir da exclusão das mulheres de certos ambientes e nichos de trabalho. Essa estratégia que reserva às mulheres alguns poucos artigos ignora a transversalidade do gênero, isto é, que o gênero atravessa todas as relações sociais (MORA CABELLO DE ALBA: 2013, p. 63). Assim, absolutamente todos os aspectos da vida devem ser pensados também considerando o gênero como marcador, exigindo uma revisão dos institutos laborais em geral, e não apenas uns dispositivos esparsos.

Não poderia ficar de fora dessa verificação a ideia de tempo de trabalho e conciliação de tempos. As possibilidades da vida atual exigem dedicação do indivíduo em diversas frentes: trabalho, família, lazer, estudos, religião, associativismos etc. Para uma pluralidade de facetas, diversos tempos precisam se conciliar na rotina do indivíduo. A centralidade do trabalho faz com que o tempo de trabalho siga sendo o principal, moldando os demais tempos, mas esse não é o único. Outros tempos demandam atenção e equilíbrio.

Se é verdade que todos precisam harmonizar esses tempos, também o é a assertiva segundo a qual o homem pode se dedicar com mais liberdade para o tempo de trabalho, uma vez que encontra-se liberto das demandas de outros tempos, como o tempo de trabalho de cuidado e doméstico. As mulheres

2 Não se trata de negar ou afirmar uma emotividade especial das mulheres, mas apenas que essa relacional afetiva com o trabalho de cuidado não deve obscurecer a natureza laboral dessa atividade.

não têm a mesma sorte. Por isso, para essas, a conciliação sempre se colocava como uma questão que condicionava o “quando”, o “como” e o “se” na decisão de ingressar no mercado de trabalho remunerado.

Diante dessa necessidade feminina, a ideia de conciliação da vida laboral com a vida familiar e pessoal foi cunhada como tentativa de minimizar os efeitos das intercorrências da vida familiar e pessoal na vida laboral, a fim de evitar prejuízos às mulheres e suas carreiras. Com o instituto, os arranjos dos tempos familiares saem da esfera familiar e tornam-se um problema público e social, uma vez que causam exclusão das mulheres do mercado de trabalho, além de outros prejuízos.

Nada obstante, trata-se de um instituto pensado e criado visando viabilizar o ingresso das mulheres no mercado de trabalho, sendo considerado, por isso, uma medida essencialmente feminina. Atualmente, porém, tem-se percebido que não são as mulheres quem precisam conciliar os tempos, mas os homens também. O movimento tem que ser dos dois e em igual medida (LOUSADA AROCHENA, 2003, p. 11), sob pena de impor maiores custos aos contratos das mulheres, únicas usuárias das estratégias de conciliação, o que poderia levar também a sua discriminação no mercado de trabalho.

Essa constatação levou a ideia de corresponsabilidade, segundo a qual homens e mulheres devem conciliar as vidas laborais, pessoais e familiares, de igual modo. Com esse avanço, têm sido revistos desenhos de instituto como licença parental e disponibilizado medidas de afastamento também para os homens. O desafio é grande. Além dos estereótipos de gênero, que colocam peso afetivo e emocional

diferenciado na maternidade e paternidade, as diferenças nas carreiras e nos ganhos tornam mais desvantajosa para o núcleo familiar a redução do labor produtivo dos homens do que das mulheres³.

Para além da questão feminina solucionada pela corresponsabilidade, a adoção dessa noção favorece o design de um novo modelo de organização familiar e social, mais sustentável e igualitário, na medida em que engloba todos os indivíduos em todas as esferas da vida, sem segregação ou partições desiguais. Com a corresponsabilidade, a conciliação deixa de ser um problema das mulheres e torna-se uma questão da sociedade (ROMERO RODENAS, 2018, p. 37).

No Brasil, não há medidas de corresponsabilidade. Quanto à conciliação, o grande exemplo seria a licença maternidade, que permite o afastamento das mulheres para o parto e para os meses iniciais de criação dos filhos, sem prejuízo para sua carreira. A insuficiência desse tipo de normatização é patente. Primeiro, porque existem outros eventos que ensejam a necessidade de conciliação de tempos, além do nascimento/adoção do filho. Segundo, porque a discrepância entre licença maternidade e licença paternidade serve para reforçar papéis sociais, estereótipos de gênero e as divisões dos lugares sociais: mães, em casa; e pais, no trabalho.

3 Um exemplo poderia servir para ilustrar. Diante da brecha salarial, teto de cristal e outras violências sofridas pelas mulheres no mercado de trabalho, é muito comum que, em um núcleo familiar, os homens ganhem mais do que as mulheres. Numa situação dessas, considerando que a redução de jornada pode implicar em redução de salário, apresenta-se como economicamente mais interessante que o contrato por tempo parcial seja adotado por quem ganha menos, o que reforça papéis de gênero e desenhos familiares que excluem as mulheres dos ambientes de trabalho produtivo.

A conciliação da vida familiar, pessoal e laboral não é medida a ser exigida apenas quando há crise nas primeiras (doença, filho etc). Diante da vida complexa atual, é preciso entender que a vida laboral deve ser conciliar com a vida em si. A vida não se resume ao trabalho. Assim, medidas que tendem a permitir a vida para além do labor devem ser privilegiadas. Cabe, pois, ao trabalho se adaptar ao homem, e nunca o contrário: é o que diz Supiot (SUPIOT, 2016, p. 167). Trata-se de pensamento essencial à preservação das relações humanas e sociais.

Outro ponto interessante trazido por essa temática refere-se aos instrumentos utilizados. Ao se falar em conciliação, as principais ferramentas que vêm à mente demandam afastamento da operária do labor. Conciliar, no entanto, significa justamente permitir a convivências das diversas atividades, sem a supressão de uma por outra. Se algumas situações demandam, realmente, o afastamento total, outras poderiam ser conciliadas com medidas mais brandas, como, por exemplo, a distribuição diferenciada de horário de jornada.

Para normatizar essa necessidade de conciliação dos tempos da vida, a Organização Internacional do Trabalho elaborou a Convenção n. 156 e a Recomendação n. 165. Interessante perceber, porém, que a Convenção não aborda frontalmente medidas de conciliação ou corresponsabilidade, mas apenas identifica a existência de grupo de trabalhadores (com encargos familiares), que precisam de arranjos especiais de tempo e não podem, por isso, ser discriminados.

4. **Convenção n. 156 e Recomendação n. 165, OIT**

Aprovada na sexagésima sétima reunião da Organização Internacional do Trabalho, em 23 de junho de 1981, a Convenção n. 156 e a Recomendação n. 165 entraram em vigor em 11 de Agosto de 1983. Nada obstante, a Convenção conta com apenas 44 ratificações⁴. A importância da temática trazida pela Convenção impõe sua problematização e debate.

Trata-se de documento que pretende regular a igualdade de oportunidade e tratamento para trabalhadoras e trabalhadores com responsabilidades familiares. O objetivo último seria, portanto, promover a igualdade material entre mulheres e homens com responsabilidades familiares, se comparado com aqueles que não as tem.

Percebe-se, pois, a partir do nome da Convenção, bem como de suas primeiras justificativas, que a base da norma foi alicerçada sobre o princípio da igualdade. Para além da mera igualdade diante da lei, a Convenção reconhece que trabalhadoras e trabalhadores vivem experiências distintas e que alguns estão perpassados por necessidades que os diferenciam dos demais. Tais urgências exigem um tratamento diferenciado para que seja possível alcançar condições iguais de vida e socialização. Nesse sentido, resume a questão a frase de Boaventura de Souza Santos, segundo o qual *“temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos*

4 Dado fornecido pela Organização Internacional do Trabalho. Disponível em <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312301>. Acessado em 28/01/2019, às 11:35.

*descaracteriza*⁵(SANTOS, 2003, p 56).

A Convenção n. 156 inova desde a terminologia utilizada. Ao falar em trabalhadora e trabalhadores, a Convenção afasta-se do paradigma da Convenção n. 123, que tratava das mulheres com responsabilidades familiares. Ao estender tais responsabilidades aos trabalhadores, a Organização Internacional do Trabalho supera a exclusão dos homens dos serviços domésticos e de cuidado, ao mesmo tempo em que sedimenta o caminho para novos moldes de igualdade de gênero. Ademais, ao falar em trabalhadoras antes de trabalhadores, a Convenção demonstra a necessidade de dar maior visibilidade às questões femininas⁶.

Antes dela, a Convenção n. 111, de 1958, tratava sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação. Nada obstante, não abordava como fator de discriminação entre trabalhadoras e trabalhadores a existência de responsabilidades familiares. A Convenção n. 156 veio suprir essa lacuna, o que não poderia ser feito de outra forma. A existência de responsabilidades familiares não está relacionada à natureza do ser humano, como os critérios da Convenção n. 111 (raça, gênero, idade, religião etc). Os encargos familiares

5 O autor prossegue: “Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades” (SANTOS, Boaventura, 2003, pág. 56).

6 A questão da linguagem é importante nos estudos de gênero. Não há dúvida que se utiliza linguagem patriarcal, muitas vezes ofensiva para as mulheres. Mas, se afastar a língua parece tarefa hercúlea, é possível amenizar essas violências simbólicas dando visibilidade às mulheres, muitas vezes escondida na generalização pelo gênero masculino do idioma. É interessante notar que, apesar do avanço do título da Convenção, esta ordem, que inicia com a indicação das mulheres, não mantém seu fôlego até o final do diploma, sendo possível constatar, já no artigo primeiro item primeiro, a menção à homens e mulheres, filhos e filhas.

decorrem de contratempos comuns ou extraordinários, integrantes ou não do ciclo da vida. Aborda-se, pois, um momento específico e particular da vida do indivíduo, que o torna apto a proteção diferenciada, a fim de salvaguardar as relações sociais e a solidariedade humana.

As premissas do documento clarificam o intuito da Convenção de mudar paradigmas. Diz-se textualmente que *“os Estados Membros reconhecem que, para alcançar a plena igualdade entre homens e mulheres, é necessário modificar o papel tradicional tanto dos homens quanto das mulheres na sociedade e na família”*. Papéis sociais, estereótipos de gênero, dados sociais que estruturam a inserção de homens e mulheres na sociedade. Quando tal adição é feita de forma deficiente, como no caso das mulheres no mercado de trabalho, cabe ao Direito também, além de outros sistemas, agir para alterar esse desenho.

A Convenção trabalha, pois, com a ideia de divisão sexual do trabalho, tentando superá-la. Se o documento anterior presumia que os encargos familiares recaíam sobre os ombros femininos, a Convenção n. 156 não traz essa suspeita, adotando uma abordagem mais fluída. Dinâmica, porque permite que as configurações familiares e sociais se amoldam as necessidades e possibilidades concretas, sem pré-fixar em uma única pessoa (as mulheres) um papel determinado.

Outro ponto interessante a ser abordado da Convenção refere-se ao alargamento do conceito de responsabilidades familiares. Ora, se por muito tempo a maternidade/paternidade monopolizou esse tipo de expressão, a Convenção informa que tais encargos não se resumem ao ato de parir, criar e cuidar dos filhos. O documento promove, em certa medida,

a solidariedade entre mulheres e homens, e entre gerações, uma vez que abarca, também as obrigações em relação *“outros membros de sua família direta com necessidade de seus cuidados e sustento, quando essas responsabilidades restringirem a possibilidade de se prepararem para uma atividade econômica e de nela ingressar, participar ou progredir”* (Art. 1º, item 2 da Convenção n. 156, OIT).

Essa ampliação assume relevância no cenário atual, diante do envelhecimento da população e acréscimo da expectativa de vida. Tais dados tornarão o cuidado com os idosos uma realidade para diversas famílias, sendo certo que tais deveres decorrem de elos de sangue, mas também de obrigações morais assumidas pelos indivíduos⁷. Iniciar um desenho de relações que retire das mulheres a exclusividade de tal encargo permitirá a formação de um grupo mais amplo e diverso para prestar esse serviço de cuidado no futuro. Ademais, será menos um fator para agudizar a desigualdade de gênero.

A temática de gênero também se apresenta quando a Convenção afirma que as responsabilidades aptas a ensinar a sua incidência são as que *“restringem a possibilidade de (as trabalhadoras e trabalhadores) se prepararem para uma atividade econômica e nela ingressar, participar ou progredir”* (Art. 1º, item 2, Convenção n. 156, OIT). Ora, fica claro que tais responsabilidades, portanto,

7 Tanto a Convenção quanto a Recomendação restringem os encargos à noção de família direta, embora prevejam possibilidade da legislação nacional disciplinar de forma diferenciada. Essa restrição não parece extrair a maior promoção da solidariedade humana, uma vez que uma trabalhadora/trabalhador pode ser chamada a prestar serviços de cuidado, mormente em relação a idosos, a pessoas fora de seu núcleo familiar, como tios de consideração ou padrinhos, por exemplo.

possuem essas consequências: restringem a possibilidade de preparação para atividade econômica, ingresso, participação e progressão. Em uma sociedade em que tais encargos sejam suportados quase que exclusivamente pelas mulheres, conclui-se que estas sofreram mais intensamente tais consequências.

“Mesmo com as mudanças na situação da mulher no mercado de trabalho, não se observa um movimento correspondente na esfera reprodutiva: elas seguem sendo as principais, quando não exclusivas, responsáveis pelas funções básicas no universo doméstico e familiar. Isso afetaria seu comportamento em relação ao trabalho, provocando uma série de problemas, tais como maior taxa de absenteísmo, menor disponibilidade para fazer horas extras, para trabalhar em turnos noturnos, viajar ou capacitar-se [...]” (ABRAMO, 2005, 22).

Assim, de forma sutil, a Convenção reconhece que esses danos à carreira têm sido suportado por um grupo social: as mulheres. A menor disponibilidade de tempo das mulheres para o mercado de trabalho tem sido comprovada em diversas pesquisas de uso de tempo (no Brasil, Estatísticas de Gênero, IBGE, 2018). Cuidar para minimizar a afetação que os encargos de trabalho têm sobre o tempo de trabalho consubstancia tentativa de superar uma das maiores barreiras para atuação das mulheres no mercado de trabalho: a pobreza

de tempo⁸.

Ao falar em ingresso, participação e progresso, a Convenção demonstra que a discriminação em razão dos encargos familiares atinge todas as fases contratuais, complementado, ainda, a necessidade de criar condições para o retorno dos profissionais após ausências decorrentes de tais responsabilidades⁹. Trata-se, pois, de circunstância que se espalha por todas as dimensões da vida do indivíduo, dificultando o trabalho em qualquer caso. Ademais, o documento também estende-se em amplitude, uma vez que aplica-se a todos os setores da atividade econômica e categorias profissionais, evitando com isso a criação de nichos não acessíveis às profissionais com encargos familiares.

Não estando o trabalho isolado na sociedade, a Convenção ainda determina que deve ser adotada campanha de conscientização da sociedade acerca da necessidade de se acolher tais trabalhadoras e trabalhadores. O Direito precisa, pois, atuar em sintonia com a educação, cultura e valores sociais, para que não se torna imposição de uns, nem permita o esquecimento de minorias ou vulneráveis. Assim, ao agir, deve o operador do Direito, principalmente o formulador de políticas públicas, esclarecer as justificativas de sua ação, a fim de evitar reforço de preconceitos contra determinados coletivos.

Obedecendo sua natureza tripartite, a Organização Internacional do Trabalho

8 Na década de 70, algumas teorias econômicas defendiam a necessidade de se adotar o tempo como critério de medição do bem-estar e desenvolvimento das sociedades, ao lado do ingresso. Tais medição levaram a constatação de que as mulheres eram mais pobres de tempo do que os homens.

9 Art. 7º, Convenção n. 156, OIT.

pretende integrar, na produção de políticas públicas e medidas de conciliação, não apenas os governos dos países membros, mas também as entidades representativas de empregadores e trabalhadores (Art. 11, Convenção n. 156, OIT). Trata-se de solução que busca democratizar os debates sobre tais ações, que esbarra, porém, na parca representatividade das mulheres nos sindicatos profissionais. Apesar de a medida ser pensada para trabalhadoras e trabalhadores, é inegável que as mulheres, nos dias de hoje, ainda figuram como as maiores atingidas pelas responsabilidades familiares e, por isso, maiores interessadas nesse tipo de medida. Nada obstante, sua participação nas entidades de representação de classe pode significar um obstáculo na visibilidade dessas questões.

Finalmente, a Convenção é bem flexível ao esclarecer que as medidas devem ser adotadas de acordo com as condições de cada Estado. Assim, a Organização Internacional do Trabalho permite a adaptação de suas normas às diversas realidades dos Estados membros, tendendo sempre para a melhoria das condições de trabalho. Ademais, tem preocupação com a adoção de medidas em níveis locais e comunitários, a fim de garantir a difusão da ideia de conciliação dos tempos da vida.

No tocante à Recomendação n. 165, no item 21.1 se reconhece que certas formas de precarização e informalidade são assumidas por trabalhadoras e trabalhadores com responsabilidades familiares, em razão da falta de disponibilidade para empregos formais e regulares. As Estatísticas de Gênero do IBGE, de 2018, demonstram que 28,2% das mulheres que trabalham optam por contrato por tempo parcial, enquanto que entre os homens a taxa

é de 14,1%¹⁰. Isso reforça a tese segundo a qual contratos a tempo parcial visam permitir que mulheres com grandes demandas de serviço doméstico e de cuidado se incluam, ainda que não integralmente, ao mercado de trabalho. O documento admite, portanto, que essas formas de vínculo, que tendem a precarização do labor, são adotadas em muitos casos para permitir a conciliação das responsabilidades familiares.

“Com a finalidade de proteger os trabalhadores e as trabalhadoras a tempo parcial, aos trabalhadores temporários e aos trabalhadores a domicílio, muitos dos quais têm responsabilidades familiares, devem ser regulamentadas e supervisionadas adequadamente as condições em que se exercem estes tipos de trabalho.”

Aos contratos por tempo parcial, temporário e em domicílio atribui-se forte caráter precarizante. O documento não nega a existência dessas espécies de contratos, na medida em que se apresentam como soluções para problemas de pobreza de tempo ou necessidades particulares. Por outro lado, procura garantir que, mesmo quando adotadas tais modalidades, seja possível assegurar condições dignas de trabalho e carreira.

Apesar dessas espécies de labor, principalmente o trabalho a tempo parcial e o trabalho a distância, serem vistos como opções das trabalhadoras e trabalhadores, é indispensável reconhecer, mormente em um

contexto brasileiro, que essa eleição não é livre. As circunstâncias colocam esses contratos como única forma possível de inclusão no mercado forma de trabalho.

Pela Recomendação, a seguridade social, vista a partir de seus três eixos (saúde, assistência social e previdência social), apresenta-se como instrumento concretizador da ideia de conciliação dos tempos da vida e de não discriminação da trabalhadora e do trabalhador com encargos familiares. Há previsão, então, de licenças remuneradas, custeadas pela previdência social, para que, por prazo determinado, a trabalhadora/trabalhador cuide de seu familiar, desde que a circunstância que passou a demandar serviço de cuidado seja transitória. Interessante perceber, também, que a Recomendação é pródiga em sugestões de instrumentos para o êxito de seus objetivos, ampliando, por exemplo, o rol de serviços prestados pela previdência social, para auxiliar a trabalhadora/trabalhador em sua (re)inserção no mercado formal.

Além disso, a Recomendação sugere diversas políticas públicas tendentes a minimizar os efeitos nocivos dos encargos familiares sobre a disponibilidade para o mercado de trabalho. Nesse sentido, interessante perceber a transversalidade do gênero, uma vez que medidas aparentemente desconexas com as dimensões de gênero afetam sensivelmente o trabalho das mulheres. Então, quando sugere-se a criação de creches públicas, é interessante perceber que trata-se de medida tendente a igualdade de gênero, já que, a rigor, são as mulheres quem irão assumir tais tarefas, em caso de ausência de prestação pelo rede de serviço público.

Nesse sentido, a Recomendação, no

10 IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, 2016, consolidado de primeiras entrevistas.

item 7, traz a necessidade de se enfrentar a ideia de discriminação indireta, quando um ato ou medida gera um efeito discriminatório (MOREIRA, 2017, p. 102-105). Na discriminação indireta, abstrai-se a vontade do agente, que se torna irrelevante, para adotar como foco o produto da aplicação da medida. O conceito de discriminação indireta coloca-se atualmente como indispensável para enfrentar o fenômeno da discriminação, que subsiste, apesar da proibição de tratamentos discriminatórios.

A Recomendação também esclarece que, além da discriminação contra trabalhadoras e trabalhadores com encargos familiares, quando comparados as condições das trabalhadoras e trabalhadores em geral, a norma também visa “promover a educação necessária para que homens e mulheres compartilhem responsabilidades familiares”¹¹. Fica claro, pois, que a ideia também é conscientizar para a necessidade de que os homens assumem esses encargos familiares.

É importante a cautela na leitura do item b, art. 18, da Recomendação, que fala da flexibilidade de horário. A ideia de flexibilidade teve como objetivo inicial facilitar a conciliação dos tempos pelo trabalhador, a quem o instituto visava beneficiar (ESPEJOS, 2015, p. 161). Nada obstante, a importação do instituto para o Brasil tem mostrado sua desnaturação, uma vez que em solo brasileiro, as medidas de flexibilização visam satisfazer os interesses do empresariado, às custas de uma maior precarização do labor, com sujeição dos demais tempos da vida ao tempo de trabalho.

No Brasil, não houve ratificação da Convenção n. 156 e Recomendação n. 165,

11 Artigo 11, item b, da Recomendação n. 165, OIT.

da Organização Internacional do Trabalho. Há solicitação no Congresso Nacional, apresentada em 2009, para a realização de audiência pública a fim de debater a ratificação dessa Convenção, sem que esta tenha sido realizada. Apesar disso, há decisões judiciais mencionando a Convenção¹², posto que não tratem propriamente de trabalhadoras e trabalhadores com encargos familiares, mas apenas de igualdade de gênero.

Sobre a temática da busca pela igualdade de gênero, a partir da normatização das responsabilidades familiares, a legislação deve atentar para o perigo do chamado *efeito boomerang*. Trata-se da aptidão das normas jurídicas de gerarem efeitos prejudiciais aos sujeitos que busca tutelar. De forma mais concreta, as medidas de conciliação dos tempos não pode ser feita de forma que desestime a contratação das mulheres ou inviabilize sua atuação em qualquer setor da atividade econômica ou categoria profissional. Assim ações que aumentem o custo do trabalho das mulheres são propícias a gerarem o desencorajamento a sua contratação regular. Uma solução para evitar tal implicação seria, como fez a Convenção n. 156, estender também

12 Utilizando os termos “Convenção”, “OIT” e “156” numa pesquisa pela jurisprudência dos Tribunais do Trabalho, são localizadas mais de quatro mil decisões. Dos acórdãos estudados por amostragem, porém, não se encontrou nenhum que tratasse especificamente da questão da trabalhadora com responsabilidades familiares, havendo mera menção ao princípio da igualdade de gênero insculpido na Convenção sob exame (os acórdãos estudados são: TST-AIRR-99-60.2011.5.14.0101, TST-RR-96-54.2013.5.09.0011, PROCESSO Nº TST-RR-1362-54.2012.5.04.0010, TST-RR-1581-38.2013.5.09.0028, TST-RR-37.883/2002-900-09-00 e TST-RR-167500-50.2004.5.15.0021). Ao refinar a busca pela inclusão do termo “responsabilidades familiares”, não se obtém acórdão dentro do parâmetro. A pesquisa foi realizada no sítio do Tribunal Superior do Trabalho (www.tst.jus.br), dia 28/01/2019, as 18:40.

aos homens direitos garantidos inicialmente apenas as mulheres¹³. O efeito boomerang também é chamado como paradoxo de Heidi Hartman, segundo o qual “as leis de proteção do trabalho das mulheres excluem as mulheres do mercado de trabalho” (MARTINEZ VEIGA, 1995, p. 21).

5. Conclusão

Não há dúvidas, pois, de que a ausência Convenção n. 156 e Recomendação n. 165 é sentida. Não apenas pelas normas em si, vistas de forma literal, mas pelos valores que os textos encampam. A análise do trabalho das mulheres exige a mudança de postura, a virada paradigmática sugerida pela Convenção.

Se isso não bastasse, as questões trazidas pelos documentos são pródigas em relevância. Conceitos como discriminação indireta, transversalidade do gênero, papéis e estereótipos de gênero e igualdade tangenciam a todo momento o debate promovido e não pode mais ser adiado. É preciso pautar a questão da conciliação dos tempos a partir da corresponsabilidade. .

6. Referências bibliográficas

ABRAMO, Laís; TODARO, Rosalba. Custos do trabalho e reprodução social em cinco países latino-americanos. In: ABRAMO, Laís (ed.).

13 O debate acerca da licença maternidade gira em torno dessa questão. A equiparação da licença paternidade à licença maternidade, ou a criação da licença parental, que poderia ser usufruída por qualquer um dos pais, busca minimizar os efeitos nocivos da prolongada licença maternidade na vontade dos empregadores de contratar as mulheres. Aqui, supera-se o debate sobre a intenção desses empregadores, para enfrentar os efeitos da distinção entre tais espécies de licença.

Questionando um mito: cursos do trabalho de homens e mulheres. Brasília: OIT, 2005, pp. 13-64.

BANDEIRA, Lourdes Maria e PRETURLAN, Renata Barreta. As pesquisas sobre uso do tempo e a promoção da igualdade de gênero no Brasil. In Fontoura, Clara Araújo [et al] (org.) **Uso do tempo e gênero**. Rio de Janeiro: UERJ, 2016.

DAVIS, Angela. **Mulheres, Raça e Classe**. São Paulo: Boitempo, 2016.

ESPEJOS, Patricia. **Verso una riformulazione della violenza di genere nel posto di lavoro. Alla riscoperta dei suoi contenuti**. Tese de Doutorado Universidad Castilla La Mancha - Cuenca, 2015. .

GOSDAL, Thereza Cristina. **Discriminação da Mulher no Emprego:** Relações de gênero no Direito do Trabalho. Curitiba: Genesis, 2003.

HIRATA, Helena, KERGOAT, Danièle. A divisão sexual do trabalho revisitada. In HIRATA, Helena [et al] (orgs.). **As novas fronteiras da desigualdade:** homens e mulheres no mercado de trabalho. São Paulo: Editora Senac, 2003.

IBGE. Informativo Estatísticas de gênero – Indicadores sociais das mulheres no Brasil. Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica. Rio de Janeiro. n. 38, 2018a. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf . Acessado em 15/09/2018, as 11h14.

_____. Nota Técnica Estatísticas de Gênero

- Indicadores sociais das mulheres no Brasil . Estudos e Pesquisas Informação Demográfica e Socioeconômica. Rio de Janeiro. número 38, 2018b.

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

_____. O cuidado e a imbricação das relações sociais. In ABREU, Alice Rangel de Paiva; HIRATA, Helena; LOMBARDI, Maria Rosa (orgs.). **Gênero e trabalho no Brasil e na França: perspectivas interseccionais**. São Paulo: Boitempo, 2016.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando. El principio de transversalidad en el ámbito de las relaciones laborales (Un comentario de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002 (LA LEY 11316/2002)) In **Relaciones Laborales**, Nº 22, Sección Doctrina, Quincena del 23 Nov. al 8 Dic. 2003, Año XIX, pág. 389, tomo 2, Editorial LA LEY.

MARTÍNEZ VEIGA, Ubaldo. **Mujer, Trabajo y domicilio: las orígenes de la discriminación**. Barcelona: Icaria editorial, 1995.

MORA CABELLO DE ALBA, Laura. La cultura jurídica del trabajo en un cambio de época. In In BAYLOS, Antonio (Org.). **Modelos de derecho del trabajo y cultura de los juristas**. Editorial Bomarzo – Albacete, 2013.

MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. In **Estudos Feministas**. Florianópolis, 16(2): 440, Maio-agosto/2008.

ROMERO RODENAS, Maria José. **Planes de igualdad**. Guía Práctica. Albacete, Bomarzo, 2017.

SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos de Globalização. In SANTOS, Boaventura de Souza. **A Globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002, pp. 22-104.

SUPIOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

A QUESTÃO DA EMIGRAÇÃO E A CONVENÇÃO 94 DA OIT

Anne Helena Fischer Inojosa

*“ A emigração deveria ser considerada um direito natural da pessoa humana, e como tal, inalienável, podendo ir buscar o seu bem-estar onde as condições sejam mais favoráveis; liberdade de emigrar e não de fazer emigrar”
Scalabrini, 1889.*

RESUMO

INTRODUÇÃO

- 1- A migração internacional - conceitos
- 2- Causas do aumento dos movimentos migratórios na atualidade
- 3- Tratados e Convenções Internacionais . A OIT
- 4-As questões migratórias no Brasil
- 5-Considerações finais

PALAVRAS-CHAVE: Emigração, imigração, refugiados. Emigrantes. Direitos fundamentais.. OIT e a questão migratória. Movimentos migratórios no Brasil.

ABSTRACT: emigration, immigration, refugees. Emigrants. Fundamental rights. OIT and emigrant's issues. Migratory movements in Brazil.

RESUMO

A questão migratória é um assunto atual e preocupante. Tais movimentos aumentam assustadoramente a cada ano. As pessoas se deslocam, principalmente, em busca de melhores salários e condições de vida, fazendo com que as questões relativas ao trabalho, a sua precarização, especificamente, daqueles imigrantes indocumentados, os ilegais, assim como a discriminação sofrida, devam ser pensadas e soluções buscadas pelos governos, através de políticas públicas que possam sanar ou, pelo menos, minimizar a situação.

Nesse contexto, a Organização Internacional do Trabalho, órgão voltado para as questões do trabalho, principalmente, ao trabalho digno, aliada a Tratados e Convenções Internacionais,



.....
Anne Helena Fischer Inojosa

Desembargadora no Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região. Especialista em Direito do Trabalho/UFPE e em Direito Público/ ESMape. Mestre em Direitos Sociais pela Universidade de Castilla-La Mancha, Espanha. Doutoranda em Ciências Jurídicas - Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal.

tem exercido um importante papel nessa busca de melhorias das condições laborais para aqueles que buscam a sobrevivência em terras diversas das de origem.

O Brasil não poderia ficar de fora dessa análise. Apesar de ser um país que tem um maior número de emigrantes, a quantidade de imigrantes que aqui chegam, tem aumentado muito, principalmente de pessoas da Bolívia e da Venezuela.

A busca por melhores condições de vida, melhores salários, desses imigrantes, faz com que haja uma preocupação natural dentre os nativos dos países para os quais se dirigem, com os seus empregos e, por tal, consideram os estrangeiros como usurpadores de suas vagas de trabalho, somando-se ao medo em relação à segurança e, por tal, a um controle de entrada dessas pessoas, pois, dentre elas poderão estar traficantes, terroristas e criminosos.

As questões são polêmicas e as soluções não são fáceis.

INTRODUÇÃO

A migração dos povos sempre existiu, entretanto, após a Segunda Guerra e a globalização da economia, os movimentos migratórios têm se acentuado. A globalização, assim como o aumento e difusão das novas tecnologias da informação, estimulam o consumo e os sonhos, criando uma expectativa de melhora de vida, fazendo com que as pessoas não mais se desloquem de suas aldeias para as cidades maiores, em seus próprios países, mas acalentem o desejo de se dirigirem para o mundo, para além das suas fronteiras, para países mais ricos, com mais oportunidades, mais prósperos, com melhores empregos,

visualizados na internet como mundos ideais. Houve uma mudança de parâmetros para esses emigrantes.

As emigrações e imigrações trazem, portanto, reflexões sobre direitos humanos, especialmente nas relações de trabalhadesses povos nos países para os quais se dirigem, entretanto, o tema só foi tratado com maior profundidade, pois até então não havia qualquer previsão legal, recentemente, em 1990, quando da assinatura da Convenção Internacional sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas famílias, diante do crescente desrespeito aos direitos fundamentais, em especial, em relação aos imigrantes ilegais, indocumentados.

O artigo fará uma análise sucinta das causas que provocam esse deslocamento de pessoas, e que são a grande preocupação, especialmente, dos países desenvolvidos da União Européia de dos Estados Unidos e, mais recentemente, do Brasil, gerando uma preocupação sobre os direitos dessas pessoas nos novos países escolhidos para viverem, e a abordagem dos Tratados e Convenções Internacionais, das Convenções da OIT, assim como da legislação nacional sobre o assunto.

1- A MIGRAÇÃO INTERNACIONAL – CONCEITOS

A migração é um fenômeno complexo, que sempre existiu, com características, causas e consequências diferentes nas diversas épocas, mas que tem aumentado, especialmente, após a Segunda Grande Guerra e a crescente globalização que se instalou no mundo. Nos últimos anos os fluxos migratórios têm se acentuado.

A mídia fala muito, de uma maneira geral, em movimentos migratórios internacionais

mas, para entendermos melhor, necessário se faz a conceituação do que seja *migrante, emigrante, imigrante e refugiado*.

Segundo a Organização Internacional para Migrações – OIM “o migrante é qualquer pessoa que atravesse uma fronteira internacional ou dentro de um país, fora de seu lugar habitual de residência, independente de sua situação jurídica, do caráter voluntário ou involuntário do deslocamento, das causas do deslocamento ou da duração da sua permanência no local de destino”¹ e em relação aos trabalhadores migrantes internacionais, esses podem ser definidos, segundo VICHICH como sendo “aquelas pessoas que trabalham em um país que não é aquele em que nasceram”² tendo sido essa definição ampliada em 1990, pela Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas famílias que diz: “trabalhador migrante” é toda pessoa que venha a realizar ou realize ou tenha realizado uma atividade remunerada em um Estado do qual não seja nacional”, definição que incorpora diversas modalidades de trabalho que até então estavam excluídas, a exemplo dos trabalhadores por conta própria e dos fronteiriços³. Para SAYAD, essencialmente, o

migrante “é uma força de trabalho provisória, temporária, em trânsito”⁴

Uma diferenciação há que ser feita entre *emigrante* e *imigrante*. *Emigrante* é aquele que sai do seu país, *Imigrante* é o que entra em outro país, porém, ambos integram o movimento migratório que é ocorre devido a diversos fatos, sendo as causas que levam as pessoas abandonarem suas pátrias, multifacetadas e complexas e, por tal, os emigrantes poderão efetuar uma *emigração forçada ou involuntária* ou uma *emigração voluntária*.

A *emigração forçada ou involuntária* ocorre em situações de guerra nos países de origem, extrema pobreza, fome, desastres naturais ocasionados pelo próprio homem ou cataclismas naturais, perseguições políticas, raciais e religiosas, além das invasões colonizadoras, que se constituem naquelas mais cruéis e violentas, pois trazem como consequência a decadência de civilizações e escravidão. Já a *emigração voluntária*, é ocasionada pela busca de melhores condições de vida, melhores empregos, educação ou busca da reunião de familiares. As causas que provocam essas emigrações recebem tratamentos diversos a depender dos países que acolhem essas pessoas.

Diante do que foi dito, e observando-se que a referência às migrações internacionais serem feitas em um conceito amplo e geral, sem uma diferenciação entre esses migrantes,

migrante que conserva a sua residência habitual no Estado vizinho a que regressa, em princípio, todos os dias ou, pelo menos, uma vez por semana. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu>, acesso em 10/1/2019.

4 SAYAD, Abdelmalek. **A Imigração. Ou os paradoxos da alteridade**. São Paulo: EDUSP, 1998, p.54-55, apud BATISTA, Vanessa Oliveira; PARREIRA, Carolina Genovez. **Trabalho, Imigração e o Direito Internacional. Dos direitos humanos**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br>, acesso em 12/11/2018.

1 SCHWINN, Simone Andrea; FREITAS, Priscila de. **Desafios para acesso ao trabalho de migrantes e refugiados no Brasil** in XIII Seminário Internacional – Demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea, 2016. Disponível em <http://online.unisc.br/acadent/anais/index.php/sidspp>, acesso em 24/11/2018.

2 VICHICH, Nora Pérez. **Las políticas migratorias regionales y los derechos de los trabajadores: perspectivas y desafíos**. In: PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata(org). **Migrações e trabalho**. Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2015 in SCHWINN, Simone Andrea; FREITAS, Priscila de. **Desafios para acesso ao trabalho de migrantes e refugiados no Brasil**. Obra citada.

3 Trabalhador fronteiriço é aquele trabalhador

se faz necessária também uma distinção entre o que sejam os **migrantes** (aí incluindo-se o emigrante, e por consequência, o imigrante) e os **refugiados**. Segundo a ACNUR⁵, apesar dos termos “*refugiados*” e “*migrantes*” estarem sendo utilizados como sinônimos, tanto na mídia quanto em discussões públicas, existe uma diferença e que, não esclarecida, trará sérios problemas para aqueles que solicitam refúgio. Também se faz necessária uma diferenciação entre *emigrantes involuntários* e *refugiados*, relativamente ao conceito e à proteção que recebem.

Refugiados são pessoas que estão fora dos seus países de origem por medo de perseguições, conflitos, violência ou quaisquer outras circunstâncias que perturbam a ordem pública e por tal, necessitam de “proteção internacional”, uma vez que tais situações são perigosas, e impossibilitam o retorno dessas pessoas para os seus países, e, em havendo recusa ao refúgio postulado, correm risco de vida.

O regime legal que protege o direito dos refugiados é conhecido como “*proteção internacional dos refugiados*”, diante da necessidade dessas pessoas terem salvaguardas adicionais face aos países que deixaram.

No entanto, a noção e o conceito de refúgio só vieram a ser estabelecidos em 1951, apesar do art. 14 da Declaração dos Direitos Humanos⁶ prever o benefícios de refúgio para aqueles que o procuram.

5 ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para os refugiados.

6 Declaração Universal de Direitos Humanos, art. 14: “ Todo ser humano vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países”. Disponível em <http://www.direitocom.com>, acesso em 15/12/2018.

No Estatuto dos Refugiados (Convenção de 1951), ficaram estabelecidos em suas disposições o padrão internacional utilizado para o julgamento de qualquer medida para a proteção e o tratamento dos refugiados, além de firmar, no seu art. 33, o **princípio do non-refoulement**, o mais importante princípio àqueles, que significa, “**não devolução**”, segundo o qual, os refugiados, não podem ser expulsos ou devolvidos em situações nas quais a sua vida e liberdade estejam sob ameaça. Tais documentos dão a definição universal do que seja um refugiado, assim como também estabelecem os seus direitos e deveres. O Brasil assinou a Convenção em 1952 e a ratificou com a exclusão dos arts. 15 e 17.⁷

Os refugiados, assim como aqueles que emigram involuntariamente, se sujeitam a uma emigração forçada, apesar desses últimos diferirem dos primeiros, pois, não têm um conceito legal e uma definição universalmente aceitas, não podendo ser confundidos com os primeiros, pois, pelo menos juridicamente falando, não se trata da mesma situação, não podendo ser considerados refugiados, uma vez que esses são protegidos por documentos internacionais específicos, assim como pela ação da ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados). As normas que se referem aos refugiados se baseiam em três vertentes de proteção internacional: o direito internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional Humanitário, incluindo-se também a já mencionada Convenção da ONU

7 Convenção relativa aos refugiados, Genebra, 1951, ratificada pelo Brasil, com vetos aos artigos 15 (direito de associação) e 17 (profissões assalariadas). Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 10/1/2019.

de 1951, além do Protocolo de 1967⁸, bem como dos instrumentos regionais, a exemplo da Convenção de 1969 da Organização de Unidade Africana (UOA), que se dirige especificamente aos problemas dos refugiados da África⁹. Tais instrumentos estabelecem a definição do que se considera refugiado, cabendo a ACNUR supervisionar a implementação dos princípios ali dispostos.

Essa inclusão de emigrantes, sejam involuntários ou não, e refugiados no conceito geral de “migração internacional”, podem prejudicar a segurança dos refugiados que, ao serem colocados na mesma condição daqueles, poderão se ver privados das garantias específicas que lhes são dirigidas, principalmente em relação ao princípio da não devolução, levando-os a serem penalizados por cruzarem fronteiras sem autorização, em busca do refúgio, o que enfraquece as disposições dos instrumentos internacionais.

Feita essa distinção, observa-se que a grande maioria dos emigrantes saem dos seus países em busca de melhores condições de vida, melhores

8 Protocolo 167 da ONU, relativo ao Estatuto dos Refugiados. Nesse protocolo estabeleceu-se que todos os países que assinaram a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados e que só se aplicaria às pessoas que se tornaram refugiados em decorrência de acontecimentos anteriores a 1º de Janeiro de 1951 e que, após aquela Convenção (Convenção de 1951) surgiram novas categorias de refugiados os quais poderiam não se incluir no âmbito daquela, estabeleceram-se novas determinações, comprometendo-se os assinantes a aplicarem os artigos 2 a 34 da Convenção. Disponível em <https://www.acnur.org>, acesso em 3/01/2019.

9 A Convenção da Organização de Unidade Africana (UOA) rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados na África, tentando atenuar a miséria e assegurar uma vida melhor dos refugiados na África diante da constatação de um crescente número daqueles. Disponível em <https://www.refugiados.net>. Acesso em 3/01/2019.

empregos e salários, e o aumento do fenômeno tem se constituído em uma preocupação para os governos, especialmente daqueles países mais ricos, assim como para os operadores do direito, na questão relativa à sobrevivência e subsistência dessas pessoas, que são afetadas, principalmente, pela falta de um trabalho digno e seguro, pois, ainda são poucos e insuficientes os Tratados e Convenções Internacionais que tratam do assunto relativo a proteção do trabalhador e os seus direitos naqueles países para onde se dirigem, especialmente daqueles considerados ilegais, em que pese a Declaração dos Direitos Humanos, no seu art. 1º, proclamar que “*todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos*”.¹⁰ Entendem alguns que, mesmo em havendo o reconhecimento da livre circulação de indivíduos, esses não têm a igualdade em dignidade e direitos nos países para os quais emigram, diante da previsão do princípio da reserva legal quanto às restrições ao direito de locomoção e de emigração, não havendo clareza quanto ao direito de imigração, protegendo-se ali, o direito de sair mas não o de entrar.¹¹

10 A Declaração Universal dos Direitos Humanos tem como finalidade a de proteger a pessoa humana na sua realidade individual e vivência coletiva e por tal, aqueles responsáveis pela aplicação dessas normas não estão autorizados a fazerem distinção entre nacionais e estrangeiros.

11 A Declaração Universal dos Direitos Humanos tem como finalidade a de proteger a pessoa humana na sua realidade entretanto, apesar de reconhecer o direito de circulação do indivíduo, não reconhece o direito dele de se estabelecer em país diverso daquele de sua nacionalidade, estabelecendo o princípio da reserva legal quanto às restrições aos direitos de locomoção e de imigração, não sendo clara quanto ao direito de imigração. Protege o direito à emigração mas não o de entrar.

2- CAUSAS E CONSEQUENCIAS DO AUMENTO DO MOVIMENTO MIGRATÓRIO NA ATUALIDADE

Apesar das migrações sempre terem existido, o novo fluxo migratório pode ser entendido a partir de dois momentos. O primeiro, ocorrido nas décadas de 50 a 70, e o segundo, nas décadas de 80. No primeiro momento, os países da Europa, os Estados Unidos e o Japão estimularam a imigração para conseguirem mais mão de obra para ocupar os lugares de baixa qualificação e remuneração, desinteressantes para os locais. Os imigrantes eram controlados, mas bem vindos. Para a Europa, vinham, principalmente, imigrantes das antigas colônias, para os Estados Unidos, os mexicanos eram convocados para trabalharem no campo através do “bracero program” e para o Japão, os “dekasseguis” (brasileiros com ascendência japonesa) eram muito bem vindos. Em um segundo houve uma mudança. A globalização, a ascensão do neo-liberalismo, a abertura dos mercados, a aceleração tecnológica e científica, o aumento da produção e circulação de mercadorias, a menor participação do Estado na economia, permitiu que as indústrias dos países ricos procurassem mercados com mão de obra mais barata e assim deslocassem suas empresas, o que provocou desemprego e baixa nos salários.

A partir de então os trabalhadores sem qualificação, vindos de outros países, passaram a não serem mais bem vindos, à exceção daqueles com alto grau de qualificação, pois passaram a disputar os postos de trabalho com a população local. Essa disputa, associada às diferenças sócio-culturais dos imigrantes, geraram o aumento da discriminação, do

preconceito e da xenofobia. Os países ricos começaram então a utilizarem-se de meios legais e, até físicos¹² (como o muro entre os Estados Unidos e o México e o muro na cidade de Ceuta na Espanha) para impedirem a entrada de imigrantes em seus países, o que provocou, não uma diminuição, mas um aumento de imigrantes ilegais, acreditando-se que, atualmente, nos Estados Unidos vivam mais de 10 milhões de ilegais, na Europa 6 milhões¹³ e no Brasil, em 2008, 600.000 mil ilegais¹⁴, sendo que, atualmente, existe a possibilidade desse número ter dobrado.

Aglobalização, portanto, segundo estudiosos, tem sido a principal causa do aumento do fluxo migratório internacional, associada ao avanço das tecnologias da informação, levando as pessoas a terem como um horizonte, um objetivo, não mais a mudança de uma aldeia para uma cidade grande ou a capital do seu país, mas o mundo, trazendo mudanças de paradigma, que estimulam o consumo, o aumento de expectativas de uma vida melhor, a busca pelo shangrilá, provocando, ao mesmo tempo, o aumento das desigualdades entre países desenvolvidos e sub-desenvolvidos. Assim, mesmo a globalização estimulando os movimentos migratórios, esta ainda se mostra inacabada, afetando, de forma perversa, os migrantes.¹⁵ A globalização tem como força

12
Como o muro construído pelos Estados Unidos na fronteira do México e o muro na cidade de Ceuta na Espanha.

13 SILVA, Ricardo. <http://educação.uol.com.br>. Acesso em 13/01/2019.

14 Disponível em <http://educação.uol.com.br>. Acesso em 13/01/2019.

15 MARTINE, G. **A globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21.** São Paulo em perspectiva, vol.19, p.3-22, Julho-Setembro 2005. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/eav/>

motriz a integração econômica entre os países, estando sob as regras do liberalismo as quais foram selecionadas para serem seguidas pelos países que as promoverem, entretanto, dificuldades têm se apresentado no cumprimento dessas promessas efetuadas, pois, têm dado causa a que muitos países cresçam pouco, uma vez que, em geral, os países já ricos foram mais beneficiados que aqueles pobres, ou em desenvolvimento, e assim, as disparidades entre si têm aumentado. Ademais, tais diferenças também aumentam os desejos das pessoas além de, em muitos casos, por questões de sobrevivência terem necessidade de emigrarem para outros países (sempre dos mais pobres para os mais ricos), evidentemente.

As regras da globalização, portanto, têm sido aplicadas apenas às questões de mercado, não às pessoas e às migrações. Enquanto o capital financeiro e o comércio fluem livremente entre as nações, o mesmo não ocorre com a mão de obra que, em geral, não pode se mover ou, se o faz, é de forma muito lenta e combatida. Assim, verifica-se que o movimento da globalização ainda não está concluído nas suas teses, pois diverge do que se apresenta hoje frente ao que ocorre com os movimentos migratórios. Há uma discrepância entre o que foi pregado e o que está acontecendo de fato, pois os países desenvolvidos, mais poderosos, não cumpriram os preceitos vendidos ao mundo subdesenvolvido ou seja, que esse discurso liberal seria uma forma de se atingir o crescimento econômico, o que não tem ocorrido. A prática tem sido diversa do discurso,

.....
[article/view/10143/117](http://www.eclac.cl), acesso em 2/01/2019.

conforme afirma PELLEGRINO¹⁶: *“O projeto liberal em matéria de circulação de capitais e mercadorias, sustentado por grande parte dos Estados centrais, entra em contradição com os severos controles impostos à livre mobilidade dos trabalhadores e à fixação das pessoas nos territórios nacionais desses Estados.”*

Poderia se pensar que, diante dessa lógica da globalização, que as pessoas também poderiam se deslocar entre países com mais facilidade e aceitação, principalmente em relação ao trabalho, no entanto as restrições impostas têm aumentado com vistas à contenção desses movimentos, o que torna, cada dia, mais difícil a inserção do trabalhador estrangeiro nos países para onde emigram, necessitando-se, portanto, que políticas migratórias sejam implementadas ao valorizarem os aspectos positivos da migração, e reduzindo os negativos, o que é mencionado em trabalhos acadêmicos sérios, que entendem que a globalização torna inevitável o fenômeno migratório, e chamam a atenção para o fato de que, potencialmente, os aspectos positivos da migração, ultrapassam os negativos, devendo ser realizados através de políticas adequadas, pois, constitui-se em um elemento de redução da pobreza e, em assim sendo, as políticas que são favoráveis terão mais êxito do que aquelas contrárias ao movimento.¹⁷

Teorias de bases sociológicas e econômicas

16 PELLEGRINO, A. **La migración internacional en América Latina y el Caribe: tendencias y perfiles de los migrantes**. Santiago de Chile: Cepal, Naciones Unidas, Marzo/2003. (Serie Población y Desarrollo, 35). Disponível em <http://www.eclac.cl>, acesso em 2/01/2019.

17 Trabalhos de autores como BARRICARTE, J.J.S. **Socioeconomía de las migraciones en un mundo globalizado**. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 20010; MARTINE, G. **A globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21**, obra citada e PATARRA, N.L. **Migrações internacionais: teorias, políticas e movimentos sociais**, obra citada.

têm se construído em relação a esses problemas migratórios trazidos pela globalização que tentam explicar o fenômeno. Uma dessas, de base sociológica, desenvolvida nos Estados Unidos, observa que há uma segmentação, uma divisão do mercado de trabalho nas sociedades industriais avançadas. Os imigrantes, assim como as mulheres e as minorias étnicas, têm a tendência de permanecerem em mercados de trabalho secundários, sem qualificação, na tentativa de conseguirem melhores salários, diversamente dos nativos, que têm proteção dos seus sindicatos, licenças de trabalho, assim como o mercado de trabalho interno gerado pelas grandes corporações. Sendo assim, a discriminação institucional, bem como as redes sociais, excluem os imigrantes, e os colocam naqueles empregos temporários e menos remunerados, o que provoca, para os ilegais, aqueles indocumentados, uma situação de alta vulnerabilidade, que é bem mais acentuada em relação às mulheres e minorias étnicas, que sofrem dupla ou tripla exploração dentro desses mercados secundários.¹⁸

Naquele mesmo país, há outra teoria, esta utilizando-se de uma abordagem econômica, baseada no estudo do funcionamento do mercado de trabalho, dividindo-o em duas perspectivas: uma quanto a inserção dos imigrantes e outra, no desempenho desses. Os primeiros seriam os teóricos da segmentação e os últimos, os teóricos do capital humano. Os teóricos do capital humano sustentam que os imigrantes têm acesso aos serviços assistenciais, o que penaliza os orçamentos de muitos Estados,

especialmente os da Flórida e da Califórnia e, no âmbito do mercado de trabalho, por terem esses imigrantes, ma maioria das vezes, baixa qualificação, retiram os empregos e abaixam os salários dos nativos nas mesmas condições, por tal, deveria a política migratória priorizar a entrada e a permanência de imigrantes com melhor qualificação, para possibilitar que se atinja um sistema econômico mais produtivo, assim como não prejudicar empregos e salários dos nativos.

Já os teóricos da segmentação sustentam que o imigrante e o nativo se complementariam no mercado de trabalho devido a segmentação existente, referindo-se ao trabalho primário, que exige uma alta qualificação, paga melhores salários e possibilita a ascensão a cargos superiores, estando presentes nas grandes empresas, e o secundário, segmento que oferece baixos salários, tem alta rotatividade, baixa qualificação e poucas chances de ascensão hierárquica e que esses seriam ocupados por trabalhadores imigrantes, mulheres e jovens. Essa teoria, por tal, diversamente da primeira, entende que os imigrantes não concorreriam com os nativos pelos empregos.

Diante de toda a problemática relativa à imigração, verifica-se que benefícios poderão ser trazidos para a questão migratória, uma vez que esta deveria ocorrer de maneira mais natural, aceitável e em maior volume, conforme ficou demonstrado acima, sendo apenas uma questão de implementação pelos governos de políticas relativas à questão, no sentido de se diminuir as desigualdades, especialmente no campo do trabalho, reconhecendo-se seus direitos fundamentais como pessoas e como trabalhadores, e oferecidas condições decentes e dignas de moradia, saúde e educação.

18 SAsAKI, Elisa Massae; ASSIS, Gláucia de Oliveira. **Teorias das Migrações Internacionais**. XII Encontro Nacional da ABEP 2000, GT de Migração, sessão 3- A migração internacional no final do século. Disponível em <https://www.pucsp.br>, acesso em 2/1/2019.

3-TRATADOSECONVENÇÕESINTERNACIONAIS. OIT

Apesar da efetiva proteção ainda ser insuficiente, observa-se que tanto os refugiados (esses especificamente no art. XIV da Declaração Universal dos Direitos Humanos)¹⁹ assim quanto os emigrantes involuntários, independentemente das causas que os levam a emigrar dos seus países, encontram proteção em documentos internacionais específicos, necessitando-se que os países implementem a aplicação dessas Convenções, assim como das suas políticas públicas no sentido de promover uma maior igualdade entre os que chegam e os nativos no que tange às oportunidades oferecidas, especialmente em relação às condições de trabalho.

Dentre os documentos internacionais, no âmbito da ONU, cita-se a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, com as restrições já mencionadas anteriormente, a *Convenção de 1990*, que entrou em vigor em 2003, tendo sido ratificada por 41 países em 2011, todos países periféricos, com alto índice de emigração, aí incluindo-se o Brasil²⁰, uma vez que os países “centrais” como os Estados Unidos e os da União Européia, que recebem alto índice de imigrantes, não terem demonstrado interesse em cumprir os direitos

19 Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. XIV:1- Toda pessoa vítima de perseguição, tem o direito de procurar e gozar asilo em outros países.

20 O Brasil, apesar de ser um país de emigrantes, atualmente com mais ou menos 4 milhões de brasileiros residindo fora e contabilizando pouco menos de um milhão de imigrantes em situação regular, não assinou e não ratificou a Convenção de 1990, sendo o único país do Mercosul a estar nessa condição, apesar de ter assumido um compromisso político nesse sentido em 1996 no Plano Nacional de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.reporterbrasil.org.br>. Acesso em 2/01/2019.

trabalhistas incluídos tanto nessa quanto nas demais Convenções e Tratados. Essa Convenção atualizou as Convenções da OIT e codificou os direitos dos trabalhadores imigrantes extensível aos familiares, independentemente de serem trabalhadores, que entram ou residem ilegalmente no país, direitos esses apenas aplicáveis, até então, aos imigrantes regulares²¹, enfatizando o status migratório, seja regular (documentado) ou irregular (indocumentado), ressaltando determinados direitos, inclusive os estendendo aos familiares dos imigrantes e propondo que se diminuísse a distância entre o trabalhador migrante, que têm os seus direitos não reconhecidos e negados, e o nativo, sendo um marco importante na questão do reconhecimento dos direitos laborais, assim como os direitos humanos, independentemente da sua situação irregular, tornando-se um apelo para que os Estados elaborem políticas migratórias.

Importante também é a *Opinião Consultiva n°18 de Direitos Humanos*²² da

21 A Convenção impõe aos Estados a adoção de medidas a garantir que os trabalhadores imigrantes não sejam privados dos seus direitos diante da regularidade ou não da sua situação de permanência no país ou emprego, Prevêem também que os empregadores devem cumprir as obrigações contratuais e legais não podendo estas serem limitadas ao fato da irregularidade no país. Disponível em <http://www.oas.org/dil/port/1990%20con5c3>, acesso em 12/11/2018.

22 A Opinião Consultiva 18 se refere a uma consulta feita pelo México em 2002 à Corte Interamericana de Direitos Humanos questionando se os princípios da igualdade e da não discriminação seriam aplicáveis aos imigrantes ilegais, tendo a referida Corte se posicionado no sentido de que os Estados membros do Pacto de San José (assinado em 1969 e posto em vigor em 1978, tendo os Estados Unidos assinado mas não ratificado e o Brasil, não assinado mas ratificado) têm a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos, dentre estes, a igualdade e a não discriminação, não podendo, por tal, discriminar ou permitir qualquer discriminação contra o imigrante.

Corte Interamericana de Direitos Humanos que também dispõe sobre o assunto.

E finalmente, a OIT, criada em 1919 após a Primeira Guerra na Conferência da Paz que originou o Tratado de Versailles, e que trazia no seu preâmbulo a afirmação de que as condições de trabalho justas deveriam ser objeto de proteção internacional, enfoque dado no aspecto laboral, ao estabelecer os direitos de todos os trabalhadores, independentemente de nacionalidade, com base na ideia de que, a paz só poderia ser alcançada através da justiça social. Esse princípio é uma marca forte da Organização, pois, quando da sua constituição, traz em seu preâmbulo, que a ordem jurídica internacional deve estabelecer direitos mínimos aos trabalhadores para garantir sua dignidade e, assim, dar condições de se resolverem os diversos problemas mundiais como a imigração indesejada, já demonstrando preocupação com os trabalhadores empregados no estrangeiro.²³ A competência da OIT não se restringe às condições de trabalho e aos direitos previdenciários dos trabalhadores. É mais ampla, ao instaurar um direito do trabalho internacional, aí envolvendo direitos humanos que se dirigem também às populações indígenas, políticas de desemprego, educação e saúde do trabalhador, o meio ambiente, fornecendo novos parâmetros normativos aos Estados-membros.

O prestígio da OIT se mantém até os dias

.....
Disponível em <http://www.lfg.jusbrasil.com.br>, acesso em 24/11/2018.

23 Terceira consideração do preâmbulo da constituição da OIT, Disponível em <http://www.ilo.org/ilolex/english/iloconst.htm#annex>. Acesso em 25/11/2018.

de hoje graças à forma de como se organiza, pois, tem uma composição tripartite, com representantes dos governos, dos trabalhadores e dos empresários, o que lhe dá legitimidade e acrescenta um diferencial no seu caráter representativo: a promoção do diálogo social, que tem chamado a atenção para as seus ideais, além um alcance no âmbito jurídico através das suas Convenções que são tratados multilaterais e que, para terem valor normativo, têm que ser ratificadas pelos Estados-membros, passando então a se constituírem em fonte formal de direito, gerando direitos subjetivos individuais²⁴. Diversamente dessa forma de pensar, LAIS ABRAMO, ex-diretora da OIT no Brasil, diz que, após a reafirmação dos padrões mínimos de garantias trabalhistas internacionais, conhecido como “As 8 Convenções Fundamentais da OIT”, ocorrido na 87ª Conferência Internacional do Trabalho em 1998, os Estados-membros são obrigados a respeitar aquelas oito Convenções Fundamentais²⁵.

Inicialmente, a OIT lançou as Convenções de

.....
24 SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1987, p.174.

25 As oito Convenções Fundamentais são: nº 29-Convenção sobre trabalho forçado; nº 87-Convenção sobre a liberdade Sindical e a proteção do Direito Sindical; nº 98- Convenção sobre Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva; nº 100- Convenção sobre a igualdade de remuneração; nº 105-Convenção sobre a abolição do trabalho forçado; nº 111- Convenção sobre a discriminação (emprego e profissão), 1958; nº 138-Convenção sobre a idade mínima para admissão a emprego, 1973; nº 182-Convenção sobre proibição das piores forma de trabalho infantil e a a cão imediata para a sua eliminação. Apud BARROSO, Márcia Regina Castro; Pessanha, Elina Gonçalves Fonte. **A Imigração no Direito Internacional do Trabalho**. In Cadernos de Direito, Piracicaba, v.17(32); 101-115, Jan.-Jun.2017, ISSN Impreso:1676-529-X. Disponível em <https://www.mpsp.mp.br/portal/page>, acesso em 2/01/2019.

números 19²⁶ e 97²⁷, que falavam de questões migratórias, antes mesmo da Declaração Universal e, em 1975, outra Convenção, a de nº 143²⁸, com o mesmo tema, e posteriormente a Declaração em 1998 relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho. Essas

26 Convenção nº19 da OIT de 1925 – trata da igualdade devida aos trabalhadores estrangeiros em caso de acidente de trabalho, foi ratificada por 120 países. O Brasil a ratificou em 1957. Apesar de ser uma Convenção de grande importância pois trata-se da proteção dos direitos humanos dos trabalhadores, voltada para questões relativas à não discriminação e trabalhos forçados, trata-se de uma matéria de difícil implementação quanto aos acidentes de trabalho pois os serviços de saúde nem sempre estão preparados para essa situação e os imigrantes irregulares traz dificuldades administrativas que ocasionam o afastamento dos imigrantes indocumentados dessas prestação. Nos Estados Unidos, por exemplo, os hospitais são estimulados a comunicarem o atendimento a “imigrantes ilegais”. In VANESSA, Batista Oliveira; PARREIRA, Carolina Genovez. **Trabalho, imigração e o direito internacional. Dos direitos humanos.** Disponível em <http://www.publicadireito.com.br>, acesso em 12/11/2018.

27 Convenção 97 da OIT de 1939, com revisão feita em 1949 e ratificada pelo Brasil em 1965, define o que seja “trabalhador imigrante”. Art. 11, o trabalhador imigrante é aquele que emigra de um país para outro com vistas a ocupar emprego que não seja por conta própria. Trata de imigração legal e prevê punições para a imigração clandestina. Disponível em <http://www.dhnet.org.br>, acesso em 12/11/2018. Disponível em http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242707/lang-pt, acesso em 21/11/2018.

28 Convenção 143 da OIT, de 1975, não ratificada pelo Brasil, trata das imigrações irregulares, afirmando a necessidade de se regularizar o trabalhador em situação irregular, prevendo-se punições para traficantes de mão de obra e para empregadores que admitem as condições ilegais, com previsão de colaboração internacional para que tais sanções sejam efetivadas. Trata das migrações em situações abusivas e a necessidade de se respeitar os direitos fundamentais de todos os trabalhadores migrantes, inclusive daqueles que perderem seus empregos ou estiverem em situações irregulares assim como da igualdade de tratamento, com base nos princípios da Convenção nº111 que trata da igualdade de condições, de acesso e manutenção do emprego aos trabalhadores migrantes e suas famílias. Disponível em http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242707/lang-pt, acesso em 21/11/2018.

normativas permaneçam em vigor, apesar da tensão existente entre os países de onde se originam os emigrantes, que são aqueles pobres ou em situação crítica e os de destino, países desenvolvidos e poderosos econômica e politicamente.

Apesar de todo o trabalho da OIT através das suas Convenções, dos demais instrumentos internacionais, inclusive ratificados por diversos Estados, o avanço e a concretização dos direitos dos imigrantes, especialmente dos ilegais tem se dado de forma lenta, com poucos avanços, e muitos retrocessos o que provocou, em 2016, a aprovação, por todos os países membros da Assembleia das Nações Unidas, da *Declaração de Nova York para Migrantes e Refugiados* no qual consta a realização do **“PACTO GLOBAL PARA MIGRAÇÃO SEGURA, ORDENADA E REGULAR”**, que contem 23 objetivos não vinculantes aos Estados que os assinaram, assim como do *Pacto Global para Refugiados*.

O Pacto Global da Migração, estabelece os princípios e compromissos dos países em relação à migração, e constitui-se em um marco para a cooperação internacional em relação à mobilidade humana e em relação ao imigrantes, com observância a aspectos humanitários e direitos humanos, não podendo ser interpretadas para o âmbito da securitização, uma vez que, assim se entendendo, promoveriam-se a exclusão, criminalização e a negação dos Direitos Humanos àqueles que migram.²⁹

Em preparação à Conferência, foram os Estados instados pela ONU a fazerem seminários, com a participação de diversos segmentos da

29 BAENINGER, Rosana. **Pacto global da migração e direitos humanos.** Disponível em <http://www.unicamp.br/artigos>, acesso em 3/01/2019.

sociedade voltados à questão migratória, afim de subsidiarem o posicionamento dos diversos governos, recomendando-se temas a serem discutidos como a inclusão social dos migrantes, a discriminação, racismo, xenofobia e intolerância, a questão do imigrante documentado e o não documentado, o trabalho decente, a mobilidade laboral, o reconhecimento de habilidades e qualificações, o trânsito migratório, a entrada, saída, readmissão, integração, os fatores que impulsionam as migrações, o tráfico de pessoas e de migrantes e, por consequência as formas atuais de escravidão.

. Após diversos encontros, inclusive, com a participação da academia, assim como de vários representantes da sociedade civil, foi realizado, em 2017, um extenso debate de iniciativa do fórum de Observatórios das Migrações, composto de diversas instituições acadêmicas e que pesquisam sobre o problema migratório no nosso país e da Cátedra Sérgio Vieira de Mello para Refugiados da Unicamp, originando um documento coletivo, com os posicionamentos dos governos brasileiro e latino-americanos. Ali foi proposto que a assimetria do poder de participação e a influência entre os diferentes países deixasse de existir, uma vez que os “tradicionais”, que são os Estados mais desenvolvidos, e as organizações internacionais, têm um maior protagonismo do que os chamados “atores secundários” ou seja, os Estados do Sul. Além disso, que o problema da migração seja considerado como um fenômeno heterogêneo, envolvendo diversos contingentes de imigrantes e emigrantes, e que as migrações do século XXI são compostas de diferentes modalidades de movimentos migratórios, tais como, além do refúgio, a mobilidade estudantil, a migração qualificada, a não qualificada, a

migração de fronteira e outros diversos tipos de deslocamentos.

Afora as propostas já indicadas, sugeriu-se que as remessas de dinheiro efetuadas por emigrantes para a suas famílias teriam com escopo à sobrevivência e educação, e não apenas a empreendimentos (remessas produtivas, como conhecidas) e que não se tratam apenas de envios do Norte para o Sul, mas de forma contrária também, ressaltando-se que essa prática também traz implemento na economia dos países subdesenvolvidos, fazendo que haja uma maior paridade entre países, um dos pilares da globalização, conforme já mencionado.

Uma vez que as migrações são focadas nos aspectos político e econômico e que, segundo alguns autores, estão relacionadas, diretamente, com o que estabelece o liberalismo, preocupou-se o Pacto Global que as mesmas se dêem de *forma segura, ordenada e regulada*, voltadas para a pessoa do imigrante, e não para o país que o recebe. Apesar de tal preocupação, o Pacto não se refere à permissão de entrada e permanência de imigrantes em territórios dos diversos países, assim como se omite quanto a questão da cidadania, o que deveria ter ocorrido para ser possível a implementação, de fato, do direito da liberdade de movimentação de pessoas (saída dos países de origem e entrada em outros), prevista na Declaração dos Direitos Humanos, para que se reconheça e efetive-se o direito de migrar, de se estabelecer e permanecer em outro país.

Ademais, segundo BAENINGER, o Pacto deveria recomendar aos países latino-americanos que avancem nas leis de migração, baseando-se no fato de que o imigrante é um sujeito de direitos (direitos à saúde, à educação,

à moradia, ao trabalho, à reunião familiar, acesso à informação, à participação política).³⁰

Os países assinantes não têm obrigatoriedade de implementar as sugestões do Pacto Global e, mesmo assim, no mesmo ano (2017) os Estados Unidos se retiraram do mesmo, sob a alegação de que não havia compatibilidade com a política migratória do governo de Donald Trump assim como o fez, recentemente, o chanceler brasileiro do novo governo³¹, ao afirmar ser um instrumento inadequado para lidar com o problema, acrescentando que a imigração não deve ser tratada como uma questão global, mas de acordo com a soberania de cada país. Críticas foram feitas, principalmente quanto ao fato de que o nosso país é um dos que tem maior índice de emigrantes que poderão ser afetados por tal decisão.

A emigração de hoje nos remete a Tom Joad, personagem rebelde do livro *As vinhas da Ira* de John Steinbeck, escrito sobre a migração dos fazendeiros do Estado de Oklahoma para a Califórnia, por terem perdido as suas terras, que foram tomadas pelos bancos, pela impossibilidade de pagarem suas dívidas, em decorrência de seca, tempestades de areia e da grande depressão de 1929 ocorrida naquele país. Nessa viagem, essas pessoas eram humilhadas pelos próprios compatriotas e chamados de forma desdenhosa de “oaks”, e nos lembra do que está acontecendo hoje. Vemos na televisão as levas de pessoas que se locomovem em situação de vida precária, passando fome, frio, sofrendo de doenças ou se

arriscam em barcos sem segurança na travessia do Mar Mediterrâneo vindos da África para a Europa³². Essa realidade deve ser analisada especialmente no que toca ao trabalho desses emigrantes nos países para os quais se dirigem, pois saem em busca de melhores condições de vida, bemo com a importância dos Tratados e Convenções da ONU, das Convenções da OIT, assim como, também, a necessidade de implementação de políticas públicas para uma igualdade entre os nativos e aqueles que são recebidos. O mundo não pode esquecer que as condições que essas pessoas têm em seus países de origem advêm da exploração sem medida pelos países colonizadores de épocas passadas.

4- A QUESTÃO MIGRATÓRIA NO BRASIL

No Brasil, a migração era regulada até 2017 pela lei 6.815/80, conhecida como o Estatuto do Estrangeiro, que também criou o Conselho Nacional de Imigração (CNIg). A lei continha normas do período do regime militar, quando o imigrante era visto como uma ameaça à estabilidade e à coesão do país, predominando, portanto, a questão da segurança nacional. Imigrantes deveriam ser mantidos fora de nossas fronteiras pois poderiam ocasionar desordens. Entretanto, o Conselho manteve a política de mobilizar, selecionar e localizar imigrantes face a demanda por força de trabalho estrangeiro. Segundo VAINER³³, entretanto, o migrante ainda

30 BAENINGER, Rosana obra citada.

31 O chanceler Ernesto Araújo, afirmou no dia 10/12/2018, nas redes sociais, que o novo governo vai se dissociar do Pacto Global de Migração. Disponível <http://agenciabrasil.ebc.com.br>, Acesso 12/12/2018.

32 MUNCK, Ronald. **Más allá del norte y del sur?** Vol.11, n° 20, 2013 – pp.43-66. Disponível www.redalyc.org, acesso em 27/12/2018.

33 VAINER, C.B. **Estado e migrações no Brasil: anotações para uma história de políticas migratórias.** Revista Travessia, n.36, p.15-32, jan./abr.2000 apud OLIVEIRA, Antonio Tadeu Ribeiro de. **Nova lei brasileira**

era visto não como um sujeito de direitos, mas como objeto, diante da permanência da política de segurança nacional e a criminalização das condutas migratórias.

Mudanças ocorreram a partir daquele ano. Muitos brasileiros começaram a emigrar, passando também a viverem em situação de vulnerabilidade, especialmente em relação as condições de trabalho e à cobertura da previdência social. Associado a isso, trabalhadores irregulares e suas famílias, vindos da Bolívia e Paraguai, começaram a entrar no país, fato agravado em 2010 com a vinda de haitianos e africanos, o que levou a questão migratória a ter relevância, fazendo com que o governo brasileiro tomasse uma posição diante da inoperância da legislação em vigor. A princípio, com a regularização daqueles que estavam no país já há determinado tempo e, posteriormente, emitindo resoluções aplicáveis a cada situação surgida, decisões que trouxeram alguns avanços humanitários, de proteção e livre circulação do Mercosul, mas que não resolvia o problema.

Necessário se fazia por-se em prática uma política migratória mais clara, composta de princípios regulatórios, integratórios e de cooperação internacional, apesar de que, segundo VENTURA ³⁴ : *“... é falso pensar que o Brasil não possui uma política migratória. Evidente que ele não possui uma política restritiva, de controle ostensivo de fronteira, como é o caso da Europa e dos Estados Unidos.*

.....
de migração: avanços, desafios e ameaças.

34 VENTURA, D. Política migratória brasileira é obsoleta e dificulta vida de estrangeiros. UOL notícias, 3/5/2014. Disponível <http://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2014/05/03/politica-migratoria-brasileira-deixa-estrangeiros-em-situacao-precaria.htm> . Acesso 03/01/2019

No entanto, embora fragmentada, opaca e casuística, nossa política existe e garante a mesma discricionariedade absoluta do Estado da época da ditadura.”

Em continuação à tentativa de se avançar em políticas migratórias, em 2004, o país aderiu a medidas internacionais para a proteção e garantias dos direitos dos imigrantes como a Convenção contra o Crime Organizado e o tráfico de pessoas e finalmente e posteriormente, após diversas discussões e projetos de lei sobre uma política migratória, surgiu a Lei 13.445/2017, vigindo atualmente e que, apesar dos vetos sofridos, representa um avanço, pois dá novo enfoque na concessão de certas garantias como a de reunião familiar, reconhece o diploma de formação acadêmica obtida no exterior, repudia as práticas discriminatórias assim como, não permite deportações coletivas, dando ênfase aos direitos das pessoas dos migrantes, tanto em relação aos estrangeiros que aqui chegam quanto aos brasileiros que vivem fora.

Os avanços obtidos formalmente têm encontrado dificuldades quanto à regulamentação. Movimentos de setores da sociedade insistem em considerar o imigrante como uma ameaça ao mercado de trabalho dos nacionais, esquecendo-se de que milhões de brasileiros se encontram como imigrantes em diversos países, especialmente nos Estados Unidos, sendo, na sua grande maioria, imigrantes ilegais, indocumentados, não podendo, sequer, retornarem ao Brasil para visitar seus parentes e amigos, vivendo em situação de extrema vulnerabilidade.

Falamos da lei aqui vigente, votada pelo nosso Congresso. E quanto às Convenções Internacionais, especialmente àquelas da OIT? Como elas integram o nosso Direito, a nossa

legislação?

Relativamente às Convenções da OIT, estas diferem dos tratados, pois visam a universalização das normas de proteção do trabalho e a incorporação ao direito interno dos Estados-membros³⁵, pois, não apenas os Estados participam da elaboração das Convenções, mas, por sua configuração tripartite, também os empregadores e trabalhadores, constituindo-se em uma etapa de um processo para a obtenção de uma ordem jurídica internacional em matéria trabalhista e por tal, teriam um status diferenciado pelas características dos direitos assegurados, assim como também pelo compromisso assumido, no caso, pelo estado brasileiro. São tratados de direitos humanos em sentido estrito, passam a integrar o nosso ordenamento jurídico, com status materialmente constitucional, após aprovação pelo Congresso Nacional e ratificação do poder executivo, conforme estabelece o art. 5º, parágrafo 2º da CF³⁶, e, caso sejam aprovadas pelo quorum do parágrafo 3º do mencionado artigo³⁷, serão, formalmente constitucionais.

Em qualquer dos casos, os efeitos da aplicação das Convenções serão imediatos, logo após a ratificação, e, em assim sendo, os juízes deveriam observar as Convenções da OIT, afastando a lei

35 REZEK, Francisco. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984 apud CARTAXO, Mariana; GOMES, Ana Virgínia Moreira. P.14

36 CF/88- art.5º, parágrafo 2º: “ os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

37 CF art.5º, parágrafo 3º: “ os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalente às emendas constitucionais.”

interna, menos benéfica em relação às normas internacionais, tudo no exercício do controle difuso de convencionalidade³⁸, mesmo porque a Constituição da OIT determina que sempre as normas mais favoráveis aos cidadãos, deverão ser aplicadas, não importando se são internacionais ou não.

Apesar da determinação de que a norma menos benéfica deve sempre ser afastada, há jurisprudência do TST que rejeita o status de tratado internacional de direitos humanos da Convenção 155, entendendo que esta não se sobrepõe ao art. 193, parágrafo 2º da CLT.³⁹

O princípio *pro homine* e do diálogo das fontes constam sempre dos tratados de direitos humanos, não mais prevalecendo a posição hierárquica de uma norma, seja interna ou internacional, mas sim aquela que mais protetiva do ser humano sujeito de direitos.

Até o ano de 2015 o Brasil havia ratificado 98 Convenções da OIT, estando em vigor 80 e, apesar de todos os Tribunais Regionais, inclusive o TST aplicarem as Convenções da OIT, observa-se que poucas são utilizadas, além de não haver uma aplicação efetiva, sendo feitas apenas referências àquelas na resolução de

38 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: ed.RT, 2009 apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FRANCO, Georgenor de Souza Filho. **Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil**. Revista de Direito do Trabalho, vol.167, ano42,p.169-182. São Paulo:ed.RT, jan,fev.2016.

39 Agravo de Instrumento em Recurso de Revista, n.1081602012503064, 2º Turma, Min. Relator José Roberto Freire Pimenta. Segundo o acórdão, mesmo em tendo sido ratificada a Convenção 155 da OIT, não se sobreporia ao art. 193, parágrafo 2º da CLT. Para alguns, mesmo que não se considere o status constitucional ou mesmo supralegal da Convenção, teria status de lei ordinária e teria revogado o referido artigo por ser posterior a este apud CARTAXO, Mariana; GOMES, Ana Virgínia Moreira, p.15.

questões.⁴⁰ Relativamente, e em especial à migração, o Brasil ratificou a Convenção 19 em 1957 (tratamento igual para trabalhadores nacionais e estrangeiros em acidentes de trabalho) assim como a Convenção 97 (define o que seja trabalhador migrantes, referindo-se a migrantes legais, no art. 11.⁴¹), em 1965, entretanto nem a Convenção 143 de 1975 (imigrações irregulares), assim como também a importantíssima Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas famílias, adotada pela Resolução 45/158 da ONU em 1990, que, conforme também já mencionado, trata dos migrantes e familiares, sua livre circulação pelo país, a definição de Estado de origem e de Estado de emprego, proibição de tortura ou preconceitos, seja de raça, gênero, religião, não o foram, o que só nos resta lamentar.

Apesar da não ratificação das mencionadas Convenções da OIT, a Constituição de 1988, por constar no seu art. 5º que; “ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...” trata o estrangeiro de forma isonômica, acrescentando-se que o art. 4º traz princípios que norteiam as relações internacionais do Brasil ao garantir a prevalência dos direitos humanos e autodeterminação dos povos e a cooperação para o progresso da humanidade, por tal, exige a implementação de políticas públicas que garantam a dignidade do estrangeiro, a sua integração ao meio social e cultura, sem discriminação ou paternalismo estatal.⁴²

As coisas se tornariam mais fáceis, relativamente a segurança e controle, com estabelecimento de imigrações regulares. As políticas migratórias brasileiras, não podem esquecer dos seus emigrantes e devem se voltar para o fato de que as migrações trazem mais benefícios do que prejuízos para os países aos quais se destinam⁴³.

Apesar de todas as recomendações das Convenções internacionais, assim como da existência de documentos protetivos, são verificadas as violações aos direitos fundamentais dos imigrantes, especialmente em relação aos ilegais, por viverem em situação

40 O controle de convencionalidade foi realizado pelo Ministro Cláudio Brandão como relator, no RR 0001072-72.2011.5.02.0384, 7, 7ª Turma, disponibilizado em 2/10/2014 quando do julgamento da possibilidade do recebimento dos adicionais de insalubridade e periculosidade entendendo pela introdução no nosso sistema jurídico interno das Convenções internacionais 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal. Apud FRANCO, Geogenos de Sousa Filho, obra citada, p.177.

41 Art. 11-1, Convenção 97 da OIT. “Para efeito da presente Convenção, a expressão “trabalhador migrante” designa toda pessoa que emigra de um país para outro com o fim de ocupar um emprego que não será exercido por sua própria conta, e compreende qualquer pessoa normalmente admitida como trabalhador migrante. Disponível <http://www.ilo.org>, acesso 12/01/2019.

42 CARTAXO, Marina Andrade; GOMES, Ana Virgínia Moreira. As Convenções da OIT sobre a proteção aos direitos do trabalhador migrante. Revista Brasileira de Direito Internacional. Curitiba:Paraná, v.2, n.2, Jul/Dez 2016, p.01-22. Disponível <http://www.researchgate.net>. Acesso 10/12/2018

43 Trabalhos de autores como MARTINE, G. **A globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21**. São Paulo em perspectiva, vol.19, n.3, julho-setembro 2005, PATARRA, N. L. **Migrações internacionais: teorias, políticas e movimentos sociais**. Estudos avançados, v.20, n.57, maio/agosto 2006 e BARRICARTE, J.J.S. **Socioeconomia de las migraciones en un mundo globalizado**, Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2010 apud OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. **Nova Lei Brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças**. Disponível em <http://www.scielo.br>. Acesso 12/11/2018.

de vulnerabilidade, fatos que remontando-se à época da escravatura, utilizados como mão de obra barata, exploradas com dez ou mais horas de trabalho, em locais insalubres, utilizados por empresários inconsequentes e irresponsáveis, e que não reclamam por medo de serem denunciados e enviados de volta aos seus países. O exemplo dessa situação é a vivenciada pelos bolivianos que residem, principalmente, em São Paulo, e executam os serviços de costura para conhecidas lojas, sendo sujeitados à condições análogas a de escravo pelo fato de não terem autorização para o trabalho. Entretanto, e apesar de tudo, mesmo o Brasil não ter ratificado a Convenção 143, fiscaliza e pune esse tipo de prática.

O Pacto Global do qual o Brasil é participante traz, conforme já mencionado, diretrizes importantes para a efetivação de uma política migratória mais humana, com melhores condições oferecidas para os migrantes, especialmente para aqueles sem qualificação e ilegais. Que o governo tenha consciência e preocupação e mantenha-se no Pacto.

CONCLUSÃO

Conforme o que foi dito, vê-se que a questão dos movimentos migratórios sempre existiram, mas que foram implementados após as Grandes Guerras, quando foram até incentivados devido à necessidade de mão de obra nos países, e, posteriormente, após a crescente globalização, quando poderia se entender que, da mesma forma que há a liberdade de mudança entre países de empresas, circulação de mercadorias e comércio, a liberdade de locomoção e estabelecimento em diversos países também seria possível.

Mas, o que se vê é o contrário, tendo o problema migratório se agravado no mundo, primeiro, porque as empresas procuram se estabelecer em países de mão de obra mais barata, promovendo um desemprego no seu país de origem com a mudança e, ao mesmo tempo, não trazem grande desenvolvimento econômico para os países onde se estabelecem, fazendo com que, as necessidades das pessoas aumentem assim como a busca por melhores condições de vida, geralmente encontrados, pelo menos, virtualmente, nos países mais ricos e desenvolvidos principalmente pelo fato das tecnologias da informação que implementa ideais consumistas vislumbrados nos países mais ricos, fazendo com que os movimentos migratórios aumente.

Uma vez que esses migrantes, em geral, são pessoas sem qualificação, não são vistos com bons olhos pelos nativos dos países para onde se dirigem pois entendem que perderam os seus empregos além de que, por serem imigrantes indocumentados, permanecem na ilegalidade, submetendo-se a trabalhos indignos, mau remunerados, insalubres, com um número imenso de horas de trabalho, e sem poderem contestar com medo de serem deportados, pessoas que vivem em uma condição análoga a de escravos, conforme mesmo vemos no nosso país.

A OIT como organização preocupada e existente para promover condições de trabalho dignas, se preocupa com os imigrantes e por tal, na atualidade tomou uma importância muito grande e as diversas Convenções que estabelece, mesmo que não sejam obrigatórias para serem adotadas nos países convenientes, indica rumos e tendências internacionais no trato da questão imigrante-trabalho digno.

O mundo necessita estar atento a essas questões dos imigrantes e o trabalho, mudando a sua perspectiva, no sentido de que não há apenas aspectos negativos, mas também positivos, pois só assim terá implementado, de fato, a política da globalização pregada como a salvação dos países em desenvolvimento e sub-desenvolvidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAENINGER, Rosana. **Pacto global da migração e direitos humanos**. Disponível em <http://www.unicamp.br/artigos>, acesso em 3/01/2019.

BARRICARTE, J.J.S. **Socioeconomía de las migraciones en un mundo globalizado**. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2010 .

BARROSO, Márcia Regina Castro; Pessanha, Elina Gonçalves .**A Imigração no Direito Internacional do Trabalho**. Cadernos de Direito, Piracicaba, v.17(32); 101-115, Jan.-Jun.2017, ISSN Impresso:1676-529-X. Disponível em <https://www.mpsp.mp.br/portal/page> acesso em 2/01/2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> , acesso 01/11/2018.

CARTAXO, Marina Andrade; GOMES, Ana Virgínia Moreira. **As Convenções da OIT sobre a proteção aos direitos do trabalhador migrante**. Revista Brasileira de Direito Internacional. Curitiba:Paraná, v.2, n.2, Jul/Dez 2016, p.01-22. Disponível <http://www.researchgate.net> . Acesso 10/12/2018

CONVENÇÃO 1951 Disponível em <http://www.planalto.gov.br>, acesso em 21/11/2019

CONVENÇÃO 19 da OIT Disponível em http://ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242707/lang-pt

Convenção 97 da OIT. Disponível em http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242707/lang-pt , acesso em 21/11/2018.

Convenção 143 da OIT. Disponível em http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242707/lang-pt , acesso em 21/11/2018.

Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.direitocom.com> , acesso em 15/12/2018.

FRANCO, Georgenor de Souza Filho, **Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brail**. Revista de Direito do Trabalho, vol.167, ano 42, p.169-182, São Paulo: Ed. RT, jan/fev 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: ed.RT, 2009 apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FRANCO, Georgenor de Souza Filho. **Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil**. Revista de Direito do Trabalho, vol.167, ano42,p.169-182. São Paulo:ed.RT, jan,fev.2016.

MARTINE, G. **A globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21**. São Paulo em perspectiva, vol.19, n.3, julho-setembro 2005.

MUNCK, Ronald. **Más allá del norte y del sur?** Vol.11, n° 20, 2013 – pp.43-66. Disponível www.redalyc.org, acesso em 27/12/2018.

OLIVERIA, Antonio Tadeu Ribeiro de. **Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças.** Disponível em <http://www.scielo.br>. Acesso 12/11/2018.

OPINIÃO CONSULTIVA 18. Disponível em <http://www.lfg.jusbrasil.com.br>

PATARRA, N. L. **Migrações internacionais: teorias, políticas e movimentos sociais.** Estudos avançados, v.20, n.57, maio/agosto 2006.

PELLEGRINO, A. **La migración internacional en América Latina y el Caribe: tendencias y perfiles de los migrantes.** Santiago de Chile: Cepal, Naciones Unidas, Marzo/2003.(Serie Población y Desarrollo,35).Disponível em <http://www.eclac.cl>, acesso em 2/01/2019.

REZEK, Francisco. **Direito dos Tratados.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

SASAKI, Elisa Massae; ASSIS, Gláucia de Oliveira. **Teorias das Migrações Internacionais.** XII Encontro Nacional da ABEP 2000, GT de Migração, sessão 3- A migração internacional no final do século. Disponível em <https://www.pucsp.br>, acesso em 2/1/2019.

SAYAD, Abdelmalek. **A Imigração. Ou os paradoxos da alteridade.** São Paulo: EDUSP, 1998, p.54-55, apud BATISTA, Vanessa Oliveira; PARREIRA, Carolina Genovez. **Trabalho, Imigração e o Direito Internacional. Dos direitos humanos.** Disponível em <http://www>.

publicadireito.com.br, acesso em 12/11/2018.

SCHWINN, Simone Andrea; FREITAS, Priscila de. **Desafios para acesso ao trabalho de migrantes e refugiados no Brasil** in XIII Seminário Internacional – Demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea, 2016. Disponível em <http://online.unisc.br/acadent/anais/index.php/sidspp>, acesso em 24/11/2018.

SILVA, Ricardo. Disponível <http://aducacaouol.com.br>

SEABRA, Robert de Alcântara Araripe et al. A constituição e a supralegalidade de tratados internacionais de direitos humanos no Brasil: uma análise crítica das causas, juridicidade e conseqüências. Disponível <http://www.abdconst.com.br/revista6/constituicaoRobertpdf>, Acesso 5/01/2019.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho.** São Paulo: LTR, 1987, p.174

VAINER, C.B. **Estado e migrações no Brasil: anotações para uma história de políticas migratórias.** Revista Travessia, n.36, p.15-32, jan,/abr.2000 apud OLIVEIRA,

VANESSA, Batista Oliveira; PARREIRA, Carolina Genovez. **Trabalho, imigração e o direito internacional. Dos direitos humanos.** Disponível em <http://www.publicadireito.com.br>, acesso em 12/11/2018.

VENTURA, D. **Política migratória brasileira é obsoleta e dificulta vida de estrangeiros.** UOL notícias, 3/5/2014. Disponível <http://noticias>.

uol.com.br/opiniaio/coluna/2014/05/03/politica-migratoria-brasileira-deixa-estrangeiros-em-situacao-precaria.htm . Acesso 03/01/2019

VICHICH, Nora Pérez. **Las políticas migratorias regionales y los derechos de los trabajadores: perspectivas y desafíos** apud PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata(org). **Migrações e trabalho**. Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2015.

A PROTEÇÃO SÓCIO-JURÍDICA DO TRABALHADOR MIGRANTE À LUZ DA CONVENÇÃO Nº 143 DA OIT

Fernanda Antunes Marques Junqueira

“Nas asas do sonho partem os migrantes, Aos milhares e milhões põem-se em marcha; Das terras do desemprego e da fome Rumam em direção às terras do trabalho e do pão; Rompem leis, fronteiras e obstáculos, Fortes e frágeis na luta pela vida.”

(Imigrantes – Nas asas do sonho. Pe. Alfredo J. Gonçalves)

Sumário: I. Para começar: um pouco de *Graciliano Ramos*. II. O migrante e o trabalho: proposição esteóricasejurídicas. III. O tratamento justabalhista do imigrante em condição de irregularidade no Brasil. IV. O posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre os direitos trabalhistas dos imigrantes indocumentados. V. A Convenção nº 143 da OIT: novo marco regulatório de proteção ao trabalho dos migrantes indocumentados. VI. Para encerrar: um pouco de *Bobbio* e *Viroli*. VII. Referências bibliográficas

Resumo: A globalização, enquanto ciência e fenômeno, provocou, entre outros aspectos, o recrudescimento do fluxo migratório, cujas causas estão assentadas em múltiplos fatores, como o desemprego, a miséria, a ineficiência dos serviços públicos, desastres naturais, conflitos armados; perseguição e repressão; e violação sistemática dos direitos humanos. Inobstante a profusão de instrumentos normativos no plano internacional com vistas ao fomento e promoção dos direitos humanos dos migrantes, todos encontram na nacionalidade a barreira de sua efetivação. Ao mesmo tempo, endurecem-se as fronteiras dos Estados nacionais, não para a circulação do capital, que viaja livre, sem muro e sem bagagem, mas para a circulação de pessoas. O sistema, então, produz inúmeros migrantes excluídos, vivendo em submundos, em subcontratações, em subempregos, como sub-humanos. O Direito do Trabalho brasileiro, neste aspecto, tem o importante papel de estender aos migrantes irregulares o *minimum minimorum*



Fernanda Antunes Marques Junqueira

Doutoranda em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Federal de Minas Gerais. Autora de obras, capítulos de livros e artigos publicados em revistas especializadas. Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quarta Região (RO-AC).

contemplado pelo seu edifício normativo. De seu lado, desponta a Convenção nº 143 da OIT que, ombreada às Convenções nº 97 e 118, formam um microsistema de proteção sócio-jurídica do trabalhador indocumentado.

Palavras-chave: migração; trabalhador migrante indocumentado; proteção trabalhista.

Abstract: Globalization, as science and as phenomenon, has led, among other things, to the upsurge of the flow of migrants, whose causes are based on many facts, such as unemployment, poverty, inefficiency of public services, natural disasters, armed conflicts; persecution and repression; and systematic violation of human rights. Notwithstanding the profusion of normative at an international level, dedicated to promoting the protection of human rights of migrants, all of them find in nationality the barrier to its accomplishment. At the same time, the borders of national states are hardened, not for the capital circulation, which navigates free, with no luggage, but for the movement of people. The system, therefore, produces many excluded migrants, living in the underworlds, subcontracting, underemployment, just as subhumans. Brazilian Labor Legislation, in this regard, has the important role of extending to irregular migrants the minimum *minimorum* contemplated by its normative building. On the other hand, ILO Convention nº 143 emerges, which, together with Conventions nº 97 and 118, form a micro-system of social and legal protection for the undocumented worker.

Keywords: immigration; undocumented migrant worker; labour protection.

I. Para começar: um pouco de *Graciliano Ramos*

“Na planície avermelhada, os juazeiros alargavam duas manchas verdes. Os infelizes tinham caminhado o dia inteiro, estavam cansados e famintos”.¹ A paisagem desenhada pela caatinga tinha lá sua feição majestosa, mas esta, em particular, distanciava-se dos livros de geografia, estampando, a seu turno, a face ingloriosa do sol ardente, que insistia em repousar sobre os corpos daqueles migrantes fatigados, cujos pés desapareciam no solo sem vida, castigado pela seca e abandonado pelas divindades.

Iam para lá, devagar, *Sinha Vitória* com o filho mais novo escanchado no colo e o baú de folha na cabeça; *Fabiano*, sombrio, cambaio, o aió a tiracolo, a cuia pendurada numa correia presa ao cinturão, a espingarda de pederneira no ombro. O menino mais velho e a cachorra Baleia acompanhavam de perto, desesperançosos, pondo-se, enfim, o primeiro a chorar: “- anda, condenado do diabo, gritou-lhe o pai”.²

As manchas dos juazeiros tornaram a aparecer ao longe. Ilusão de ótica, alucinação ou sonho, não se sabia. Fabiano, porém, nesse momento, aligeirou o passo, esqueceu a fome e ignorou os ferimentos. Por debaixo daquela pequena sombra, agarraram-se, somando seus infortúnios e pavores.³

Seu Tomás também fugira em decorrência da seca. A bolandeira estava parada “e ele,

1 RAMOS, Graciliano. *Vidas Secas*. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 3.

2 RAMOS, Graciliano. *Vidas Secas*. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 3.

3 RAMOS, Graciliano. *Vidas Secas*. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 4.

Fabiano, era como a bolandeira. Não sabia o porquê, mas era”.⁴

A essa altura, a lua já despontara no céu, cercada de uma aura cor de leite. Sinal que iria chover. Então,

[...] a caatinga ressuscitaria, a semente do gado voltaria ao curral, ele, Fabiano, seria o vaqueiro daquela fazenda morta. Chocalhos de badalos de ossos animariam a solidão. Os meninos, gordos, vermelhos, brincariam no chiqueiro das cabras, Sinhá Vitória vestiria saias de ramagens vistosas. As vacas povoariam o curral. E a catinga ficaria toda verde. [...] A fazenda renasceria - e ele, Fabiano, seria o vaqueiro, para bem dizer, seria dono daquele mundo.⁵

Nada disso, entretanto, aconteceu. Fabiano não foi dono daquele mundo, sequer dono de si. Foi explorado por um fazendeiro, que, em troca, concedeu abrigo a sua família. “Se pudesse economizar durante alguns meses, levantaria a cabeça. Forjara planos. Tolice, quem é do chão não se trepa”.⁶ E continua:

[...] Pois não estavam vendo que ele era de carne e osso? Tinha obrigação de trabalhar para os outros. Naturalmente, conhecia o seu lugar. Bem. Nascera com esse destino, ninguém tinha culpa de ele haver nascido com um destino ruim. Que fazer? Podia mudar a sorte? Se lhe dissessem que era possível melhorar de situação, espantar-se-ia. Tinha vindo

ao mundo para amansar brabo, curar feridas com rezas, consertar cercas de inverno a verão. Era sina. O pai vivera assim, o avô também. E para trás não existia família. Cortar mandacaru, ensebar látégos - aquilo estava no sangue. Conformava-se, não pretendia mais nada. Se lhe dessem o que era dele, estava certo. Não davam. Era um desgraçado, era como um cachorro, só recebia ossos. Por que seria que os homens ricos ainda lhe tomavam uma parte dos ossos?⁷

A história de Fabiano reflete a história de tantos outros *Fabianos* que existem no mundo afora. Desde o início, talvez por diversas razões, o ser humano transpõe as linhas limítrofes de sua região de origem em busca de terras prósperas, riquezas, oportunidades e, quem sabe, novas esperanças.

Na Antiguidade, a formação da Mesopotâmia foi resultado, entre outros aspectos, da migração de povos sumérios, assírios, babilônicos e arcádios. A civilização grega, no mesmo sentido, foi composta pelos movimentos migratórios de povos como jônios, eólios, aqueus e dóricos. De seu lado, a formação da sociedade romana está associada a agrupamentos de estrangeiros como latinos, sabinos, etruscos e gregos.⁸

A partir do século XV, com a formação do Estado moderno, o homem passou a ter consciência e sentimento de pertencimento a uma determinada Nação.⁹ As guerras ocorridas

4 RAMOS, Graciliano. *Vidas Secas*. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 4.

5 RAMOS, Graciliano. *Vidas Secas*. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 5.

6 RAMOS, Graciliano. *Vidas Secas*. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 5.

7 RAMOS, Graciliano. *Vidas Secas*. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 53.

8 CAMPOS, Lucilene Lemos de; RODRIGUES, Luciano. Migrantes e migrações: entre a história e a literatura. In: *Albuquerque - Revista de História*, Campo Grande, MS, v. 3 n. 5 p. 33-49, jan./jun. 2011, p. 33.

9 MARQUES, Adhemar, BERUTTI, Flávio C., FARIA,

naquele período constituíram-se em fatores essenciais para a consolidação dos Estados nacionais. A França, por exemplo, por ocasião da Guerra dos Cem Anos, entre 1334 a 1453, formou um exército único, impulsionando o fortalecimento do sentimento nacionalista francês. Aliás, esse sentimento de pertença a um Estado ou Nação, desde então, provocou uma catarse do que seja o *outro*, o *estrangeiro*, o *migrante*. Isso, todavia, não impediu o fluxo migratório, mas, de certo modo, criou a *clandestinidade*.

Mais tarde, transpondo-se milhares de anos de evolução social, o movimento migratório foi acentuado pelo e para o trabalho. As revoluções dos séculos XVII e XVIII impulsionaram a transição de pessoas. Aprioristicamente, do meio rural para os centros urbanos, agudizando o gargalo dos níveis de empregabilidade. Desde então, o movimento de pessoas ganhou força. Após a Primeira Grande Guerra, “a situação dos imigrantes se agravou pelo desaparecimento do Império Austro-Húngaro, transformando milhões de pessoas em minorias (sujeitas a perseguições) e, em muitos casos, apátridas”.¹⁰

A ascensão do nazismo na Alemanha no século XX produziu uma multidão de *deslocados*, chamando a atenção da comunidade internacional acerca da situação migratória. Em pleno século XXI, alerta CARVALHO RAMOS, nada mudou. “A Europa é vista como uma fortaleza, à

.....
Ricardo de Moura. *História através de textos*. São Paulo: Contexto, 1989, p. 13.

10 CARVALHO RAMOS, André de. Direitos dos estrangeiros no Brasil: a imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA Daniela; PIOVESAN, Flávia (org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 724.

espera dos bárbaros *at the gate*”.¹¹

A propósito, neste limiar de século, entre luz e sombra, descortina a pós-modernidade. O conceito abriga a mistura de estilos, cores e crenças. A era marcada pela velocidade. O efêmero e o volátil parecem sobrepor-se ao permanente e ao essencial. A imagem acima do conteúdo. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um mundo sem verdades seguras. Uma época aparentemente pós-tudo: pós-marxista; pós-kelseniana; pós-freudiana.

A paisagem é complexa e fragmentada. As fronteiras rígidas cederam à formação de grandes blocos políticos e econômicos. A globalização, como símbolo e como conceito, é a manchete que anuncia a chegada do novo século. Ombreando a ela, os males da injustiça social e da injustiça ecológica. Intensifica-se o movimento de mercadorias e, mais recentemente, o fetiche da circulação de capitais. As portas se abrem ao capital especulativo e, ao mesmo tempo, cerram-se à circulação de pessoas:

[...] Como resultado dessa tragédia contemporânea – essencialmente provocada pelo homem – perfeitamente evitável se a solidariedade humana tivesse primazia sobre o egoísmo individual – emerge e intensifica-se novo fenômeno de fluxos massivos de migrações forçadas – nas quais milhões de indivíduos buscam fugir não mais das perseguições políticas

.....
11 CARVALHO RAMOS, André de. Direitos dos estrangeiros no Brasil: a imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA Daniela; PIOVESAN, Flávia (org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 724.

individuais, mas predominantemente da fome, da miséria e de conflitos armados – com graves consequências e implicações para a aplicação das normas internacionais de proteção ao ser humano.¹²

O migrante, decerto, não é figura da pós-modernidade, mas que se incrementou com ela. Inúmeras são as causas: o colapso econômico, associado ao desemprego estrutural; ineficiência dos serviços públicos; desastres naturais; conflitos armados, gerando fluxos de refugiados e deslocados internos; repressão e perseguição; violação sistemática dos direitos humanos; rivalidades étnicas; xenofobia e violência de distintas formas.

Como resposta, no plano internacional, destacam-se inúmeros diplomas normativos com vistas a promover a proteção dos direitos humanos dos migrantes, independentemente de seu *status* jurídico, mas que, ao fim e ao cabo, sempre esbarram nos muros da nacionalidade, os quais não conseguem transpor. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reconhece o homem como sujeito de direitos fundamentais, sem qualquer referência a sua nacionalidade:

[...] Contudo, os Estados ainda resistem à desconsideração da nacionalidade como fator determinante da titularidade de direitos fundamentais, fazendo excluir determinados direitos (como direito ao trabalho) daqueles que todos, inclusive estrangeiros,

12 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Deslocados e a proteção dos migrantes na legislação internacional dos direitos humanos. In: *Cadernos de Debates 3 - Refúgio, Migrações e Cidadania* –, novembro de 2008, p. 54.

podem desfrutar.¹³

Fabiano, de *Vidas Secas*, era um excluído e assim permaneceu. Não raras vezes, se via em diálogo com a sua cachorra, ora reafirmando sua condição de animal, porque sem direitos, ora negando essa condição, embora sem demonstrar qualquer esperança nessa negação. Era estranho do mundo e de si mesmo:

[...] Mas quando a fazenda se despovoou, viu que tudo estava perdido, combinou a viagem com a mulher, matou o bezerro morrinheiro que possuíam, salgou a carne, largou-se com a família, sem se despedir do amo. Não poderia nunca liquidar aquela dívida exagerada. Só lhe restava jogar-se ao mundo, como negro fugido.¹⁴

E o sertão continuaria a mandar gente para lá. O sertão mandaria para a cidade homens fortes, brutos, como *Fabiano*, *Sinha Vitória* e as duas crianças.¹⁵ De seu lado também, a Palestina, a Síria, a África, a Venezuela, o Haiti, o Brasil, e tantos outros Estados do globo, que, em tudo semelhante ao sertão, seja pela ineficiência na proteção dos direitos humanos, seja pela falta de oportunidades, seja pelos conflitos armados e governos autoritários, despejarão seus nacionais em mares e terras

13 CARVALHO RAMOS, André de. Direitos dos estrangeiros no Brasil: a imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA Daniela; PIOVESAN, Flávia (org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 733.

14 RAMOS, Graciliano. *Vidas Secas*. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 65.

15 RAMOS, Graciliano. *Vidas Secas*. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 71.

alienígenas, em busca de uma absolvição – não se sabe de quê – ou, quem sabe, uma rendição – que pode nunca chegar.

É dentro dessa perspectiva que o presente ensaio se desenvolve, sem pretensão alguma de esgotar os vastos aspectos históricos, sociológicos, antropológicos, filosóficos, econômicos e jurídicos que o tema demanda, rememorando a importância da Convenção nº 143 da OIT, da qual ainda o Brasil não se fez signatário. Busca, em verdade, oferecer um sopro de juridicização, ou melhor, uma brisa de humanização àquele que vaga na *asa de um sonho*, lubrificado pelo e para o trabalho. Porque é dele que nasce o migrante e também, paradoxalmente, é por meio dele que sua alma e seu corpo são imolados.

Longe de se propor a fragmentação polarizada entre o belo e o feio; o bom e o mau; a dor e o prazer. “Tudo, afinal, são formas e não degraus do ser”.¹⁶ Tampouco é neutro. Ainda que de forma quimérica intente conciliar diferentes enfoques, convergindo-os com vistas a se alçar o equilíbrio necessário entre a soberania do Estado e o valor social do trabalho, não se ignora o valor intrínseco das paixões, mas se reconhece que “o tempo lhe modifica a centelha e o ardor”, porque em sua chama “vive um pavio ou abafador que arrefece a luz. E nada mantém a qualidade inicial, pois a qualidade, tornando-se pletórica, morre do próprio excesso”.¹⁷

16 QUINTANA, Mário. *Da perfeição da vida*. Disponível em <https://www.recantodasletras.com.br/pensamentos>. Acesso em 30/05/2019.

17 SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Tradução de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2016, p.115.

II. O migrante e o trabalho: proposições teóricas e jurídicas

“Tenho apenas duas mãos e o sentimento do mundo.”

(Sentimento do mundo – Carlos Drummond de Andrade)

O trabalhador migrante tem apenas duas mãos e o sentimento do mundo. Duas mãos que se movimentam para o trabalho e o sentimento de que o novo mundo guarda novas esperanças. É estrangeiro do território e de si mesmo. Ali não pertence.

Por isso, em princípio, afirma-se que a concepção do migrante e do estrangeiro tem como ponto de partida uma simbologia negativa, de não pertencimento, radicada do critério objetivo da nacionalidade.¹⁸ Estrangeiro, portanto, é “todo aquele que não possui a nacionalidade do Estado em cujo território se encontra”.¹⁹ Ser estrangeiro para algum país é o mesmo que dizer não ser nacional dele.

18 Os termos “imigrante” e “estrangeiro” são tomados, neste artigo, na mesma acepção. Alguns autores, contudo, estabelecem uma distinção bem marcada. É o caso, por exemplo, de Abdelmalek Sayad, que afirma que um estrangeiro, segundo a definição do termo, é estrangeiro, claro, até as fronteiras; continua sendo estrangeiro enquanto puder permanecer no país. Um imigrante é estrangeiro, claro, até as fronteiras, mas apenas até as fronteiras. Depois que passou a fronteira deixa de ser um estrangeiro comum para tornar-se um imigrante. Se “estrangeiro” é a definição jurídica de um estatuto, “imigrante” é antes de tudo uma condição social. SAYAD, Abdelmalek. *A imigração ou os paradoxos da alteridade*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998, p. 243.

19 CARVALHO RAMOS, André de. Direitos dos estrangeiros no Brasil: a imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA Daniela; PIOVESAN, Flávia (org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 721.

Singulariza-o o traço distintivo da não identidade que, por certo, acompanhará o imigrante na sua eterna e obstinada peregrinação.

A rigor, essa percepção negativa faz com que o imigrante ocupe uma posição de vulnerabilidade na sociedade receptora, a qual adviria de um duplo processo social. O primeiro, de ordem estrutural, deriva da existência de um estratagema de desigual distribuição de poder que, de forma empírica, deposita a sua centralização em alguns, sobrepondo-se aos demais. O segundo, de matiz cultural, está imbricado a elementos concatenados em paradigmas estereotipados, de viés sociológico, como preconceitos, racismo, xenofobia e discriminação institucional, os quais tendem a acentuar e justificar as diferenças entre o poder reconhecido aos nacionais e aos não-nacionais.²⁰

Essa condição de manifesta vulnerabilidade se agudiza com o fenômeno da globalização, porque acompanhada, *pari passu*, pela erosão da capacidade dos Estados de promover uma adequada e eficiente proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais dos seres humanos sob sua jurisdição. Aliás, “a chamada flexibilidade das relações de trabalho, onde se insere a globalização da economia, também gerou mobilidade, acompanhada de insegurança pessoal e um crescente medo do desemprego.”²¹

20 TEXIDÓ, Ezequiel, BAER, Gladys. Inserción sociolaboral de los migrantes. In TEXIDÓ, Ezequiel et al. *Migraciones laborales em Sudamérica: el Mercosur ampliado*. Geneva: Oficina Internacional do Trabalho da Organização Internacional do Trabalho, 2003, p. 107

21 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Deslocados e a proteção dos migrantes na legislação internacional dos direitos humanos. In: *Cadernos de Debates 3 - Refúgio, Migrações e Cidadania* –, novembro de 2008, p. 57.

Nestes tempos de angústia e crise do desenvolvimento social humano, em que se projeta a miséria, o desemprego generalizado e a desigualdade regional e transnacional, relações paliadas pela legislação do trabalho têm sua valia social ainda mais acentuada para a maioria esmagadora dos integrantes do tecido social, o que pode recrudescer a interação entre trabalhadores nacionais e não-nacionais.²²

O trabalho, nesta perspectiva, é indissociável do estudo do fenômeno da migração e da própria identificação do migrante. A definição proposta por SAYAD fixa a medida dessa irmandade:

[...] Afinal, o que é um imigrante? Um imigrante é essencialmente uma força de trabalho provisória, temporária, em trânsito. Em virtude desse princípio, um trabalhador imigrante (sendo que trabalhador e imigrante são, nesse caso, quase um pleonasma), mesmo se nasce para a vida (e para a imigração) na imigração, mesmo se é chamado a trabalhar (como imigrante) durante toda a sua vida no país, mesmo se está destinado a morrer (na imigração), como imigrante, continua sendo um trabalhador definido e tratado como provisório, ou seja, revogável a qualquer momento. A estadia autorizada ao imigrante está inteiramente sujeita ao trabalho, única razão de ser que lhe é reconhecida [...]. Foi o trabalho que fez “nascer” o imigrante, que o fez existir; é ele, quando termina, que faz “morrer” o imigrante, que decreta sua negação ou que o empurra para o não-ser.²³

22 NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. A proteção jurídica do trabalhador como exercício da alteridade. In: *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v.48, n.78, p.113-121, jul./dez.2008, p. 117.

23 SAYAD, Abdelmalek. *A imigração ou os*

E esse trabalho que condiciona a sua existência não é qualquer trabalho, longe de estar em qualquer lugar: “ele é o trabalho que o mercado de trabalho para imigrantes lhe atribui e no lugar em que lhe é atribuído”.²⁴ Assim foi com os *gastarbeiters* na Alemanha; o *lavoro nero* na Itália; os *chicanos* nos EUA, os *dekasseguis* no território nipônico.²⁵ Postos de trabalho precarizados, impulsionados pelas terceirizações, subcontratações, *part-time jobs*, que se expandem em escala global.

De seu lado, também, o traço da provisoriidade da mão de obra imigrante, sempre fadada ao retorno à origem ou à completa integração (o que, de ambos os modos, significará o fim da condição de imigrante), contribui para a reificação da diferença. Ainda que, como aponta SAYAD²⁶, tal provisoriidade seja meramente utópica – a funcionar tão-somente como via de justificação no imaginário social para a presença dos imigrantes (ao lado de outras duas ilusões: presença exclusivamente pelo trabalho e neutralidade política) -, ela efetivamente auxilia para fixar os contornos do não pertencimento do migrante.

Um outro aspecto importante na acentuação da diferença do estrangeiro diz respeito à situação jurídica na qual se operou

.....
paradoxos da alteridade. Tradução de Cristina Murachco. Edusp: São Paulo, 1998, p. 54-55.

24 SAYAD, Abdelmalek. *A imigração ou os paradoxos da alteridade*. Tradução de Cristina Murachco. Edusp: São Paulo, 1998, p. 55.

25 ANTUNES, Ricardo; ALVES, Giovanni. As mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital. In: *Cadernos de Estudos Sociais*, Campinas, vol. 25, n. 87, maio/ago de 2004, p. 337.

26 SAYAD, Abdelmalek. *A imigração ou os paradoxos da alteridade*. Tradução de Cristina Murachco. Edusp: São Paulo, 1998, p. 19-20.

a imigração. A condição de legalidade, além da força jurídica propriamente dita, tem um significativo poder simbólico, a catalisar a aproximação entre nacionais e estrangeiros. Da mesma forma, a ilegalidade acirra a diferença, justificando o tratamento arquetípico do estrangeiro como forasteiro, bárbaro ou mesmo usurpador.

Percebe-se, por tudo, que o imigrante - regular ou clandestino – manterá junto a si, enquanto perdurar sua situação (de imigrante), uma forte carga da diferença, que nutrirá sua situação de *outro*, mesmo que, do ponto de vista jurídico-formal (como no caso dos migrantes regulares), seja-lhe assegurada a igualdade de tratamento.

A propósito, a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, assegurou aos estrangeiros aqui residentes igualdade de tratamento com os nacionais, garantindo-lhes a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.

No plano infraconstitucional, a Lei n. 6.815/80 disciplinava a entrada, a permanência e saída do estrangeiro, sendo que o seu artigo 1º elencava as várias espécies de visto, sem os quais não se autorizava o trânsito de pessoas. A partir de 2017, com a vigência da Lei nº 13.445, teve seu texto integralmente revogado, represando no passado o totalitarismo vigente até então em questões migratórias.

Aos migrantes regulares, assim considerados os documentados, a depender do visto concedido pela autoridade competente, são assegurados o exercício de um ofício, segundo o regramento pertinente, estendendo a eles o edifício justabalhista de proteção à

relação de trabalho formal.

A problematização, entretanto, não se adstringe a uma percepção monocular do fenômeno migratório, enquanto levado a efeito em conformidade com a ordem jurídica nacional. O fenômeno da migração não se resume ao tráfego de pessoas documentadas, paliadas pelo acervo normativo do país receptor. O problema se dá pelas margens, pela clandestinidade, dos que se aventuram na encruzilhada de romper com as barreiras da soberania nacional, adentrando-se em terras brasileiras *sem lenço e sem documento*.

A estes, em regra, a ordem jurídica não socorre. São clandestinos. Forasteiros da ordem nacional. Usurpadores da *normalidade*. Os *fora da lei*. Porque na clandestinidade, ocupam, em sua maioria, postos de trabalho precários, à margem das legislações trabalhista e previdenciária.

Decerto, o tratamento jurídico concreto a ser concedido ao estrangeiro deve catalisar o conceito universal de justiça, superando os obstáculos positivistas, para a cimentação de uma visão axiológica do ordenamento jurídico, com vistas a atingir a aceitação, acolhida e responsabilidade pelo outro, dano vazão àquilo que LÉVINAS chamou de “humanismo do outro homem”.²⁷

No plano normativo nacional, essa conotação humanística do estrangeiro encontra-se em polvorosa sedimentação, com destaque para o novo estatuto legal que passou a reger as relações migratórias.

27 LÉVINAS, Emmanuel. *Totalité et Infini*: essai sur l'extériorité. 4ème édition. Dordrecht/Boston/London, Kluwer Academic Publishers: Paris, 1988, p 170.

III. O tratamento justabalhista do imigrante em condição de irregularidade no Brasil

“As pessoas e os grupos sociais têm direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”.

(Boaventura de Sousa Santos)

A Constituição da República de 1988 consagra o princípio da igualdade e condena expressamente todas as formas de preconceito e discriminação. A menção a esse tecido axiológico vem desde o preâmbulo da Carta, que enuncia o propósito de se constituir uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. O artigo 3º renova a intenção e lhe confere inquestionável normatividade, enunciando serem objetivos fundamentais da República a edificação de “uma sociedade livre, justa e solidária” e de promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O *caput* do artigo 5º reafirma que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e assegura ao estrangeiro, aqui residente, “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Nas suas relações internacionais, firmou-se o compromisso com a promoção dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II).

Tal conjunto normativo é explícito e inequívoco: o texto jurídico político de 1988 é refratário a todas as formas de preconceito e discriminação, binômio no

qual hão de estar abrangidos o menosprezo e a desequiparação fundada na origem das pessoas, independentemente da condição jurídica do imigrante.

O mandamento magno da igualdade, entendida como a virtude soberana²⁸, impede o tratamento desigual, em razão de origem, cuja raiz mergulha no princípio universal do direito natural: a ideia de justiça distributiva, de ordem que não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, sendo necessário equipará-las, também, perante a vida, ainda que minimamente.

A Lei nº 6.815/80, conhecida como o Estatuto do Estrangeiro, a despeito do contexto de preservação da segurança nacional em que foi germinada, disciplinava a situação do estrangeiro no país e repelia o movimento migratório irregular. Este legado normativo, todavia, foi solapado a partir da vigência da Lei nº 13.445/2017, a qual, desde a sua publicação, passou a regular, definitivamente, o movimento migratório no ordenamento jurídico brasileiro.²⁹

Dentre os direitos catalisados pela Lei nº 13.447/2017, ganha destaque o artigo 3º, estendendo aos imigrantes, inobstante sua condição jurídica, os direitos fundamentais da pessoa, inclusive, o de estar paliado pela legislação trabalhista (inciso XI)³⁰, embargando-

28 A expressão é de DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory of practice of equality*. Harvard University Press: 2002, p. 340.

29 Seria um avanço, não fosse o Decreto Regulamentador nº 9.199/2017, cujo texto, ignominiosamente, esboroa o espírito altruísta que serviu de coluna cervical da Lei de Migração, colocando em xeque os mais caros valores conquistados a duras penas pela humanidade.

30 Art. 3º - A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

[...]

XI - garantia de cumprimento de obrigações legais e

se, portanto, qualquer prática expropriatória aviltante à dignidade da pessoa humana.

Reconhece-se o imigrante enquanto pessoa e já é o quanto basta para ser titular de direitos, a despeito de sua condição irregular. Aqui jaz o referencial levinasiano, forte no compromisso de repensar o sujeito (*imigrante*), sob o ponto de vista ético, especificamente, da ética da alteridade, libertando-se do ontologismo e implementando-se nova viragem hermenêutica que perpassa pelo reconhecimento do *outro*:

[...] outrem permanece infinitamente transcendente, infinitamente estranho, mas o seu rosto, onde se dá a sua epifania e que apela a mim, rompe com o mundo que nos pode ser comum e cujas virtualidades se inscrevem na nossa natureza e que desenvolvemos também na nossa existência.³¹

Por oportuno, pela primeira vez, fez-se referência expressa aos direitos humanos, fundando-se seu vetor axiológico nos princípios da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos. Ao mesmo tempo, repele a xenofobia, o racismo e quaisquer outras formas discriminatórias, em perfeita sintonia com o texto constitucional de 1988.

Outro ponto digno de nota da Lei nº 13.445/2017 traduz-se no combate da criminalização do movimento migratório, possibilitando uma nova conformação jurídica a

contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória.

31 LÉVINAS, Emmanuel. *Totalité et Infini: essai sur l'extériorité*. 4ème édition. Dordrecht/Boston/London, Kluwer Academic Publishers: Paris, 1988, p 173.

respeito do migrante, que, de ameaça nacional, passa a ser concebido como sujeito de direitos e deveres dentro da ordem receptora.

Essa visão não só rompe com o totalitarismo reinante da Lei nº 6.815/80, mas, sobretudo, dá vazão para que se construa uma relação intersubjetiva - *eu (nacional)-com-o-outro (imigrante)* -, permitindo uma convivência humana, sensível às diferenças, porém, sem preconceito, porque se supera a ideia do *outro* como semelhante a si mesmo.³²

Todavia, a par dos avanços, os quais não podem ser desconsiderados, a Lei da Migração foi tímida em diversos aspectos. Manteve uma alta discricionariedade do Estado na análise das questões imigratórias, seja de permanência, seja de retirada, assim o fazendo em nome da segurança nacional. Mais importante, descurose de içar o direito de migrar à condição de direito humano. O direito de migrar é imanente ao ser humano e, portanto, não se insere dentro do aparato comum do Estado nação, mas em seu próprio espaço-tempo, impossível de delimitação fronteiriça. Aparece, então, o direito de migrar como “o direito humano de ação política do espaço público da produção”.³³ Se assim o é, tem como átrio a mobilidade internacional, assegurando-se ao ser humano o direito inviolável de ir, permanecer e aventurar-se ao porvir, sem uma petição de pertença ao

32 MELO, Nelo Vieira de. *A ética da alteridade em Emmanuel Lévinas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 202.

33 REDIN, Giuliana. Direito Humano de Imigrar e os desafios para construção de uma política nacional para imigrantes e refugiados. In: REDIN, Giuliana; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da. *Direitos Emergentes na Sociedade Global: Programa de Pós-Graduação em Direito na UFSM*. Santa Maria: Ed. UFSM, 2016, p. 56.

Estado”.³⁴ Além do mais, confere ao imigrante o poder de participar ativamente da vida política do país receptor.

No caso brasileiro, entretanto, porque não catalisado como direito humano pela Lei nº 13.445/2017, aos migrantes não foram estendidos direitos políticos, privando-os da participação nos espaços públicos de atuação político-migratória.

De par com isso, o sistema de concessão de vistos, assentado na discricionariedade do Estado, mantém-se como ferramenta de seleção migratória, acentuando e incentivando práticas discriminatórias, a depender da origem nacional, raça, etnia, religião, orientação sexual, gênero e classe social. Não se está a criticar o sistema de vistos, em si, já que é dever do Estado controlar o fluxo migratório de chegada e inserção dos trabalhadores migrantes, com vistas a evitar a pauperização das condições de trabalho nacionais. A crítica ressoa na ausência de critérios objetivos na sua concessão ou denegação, centralizando-se o poder no Estado, sem transparência e objetividade.

De todo modo, não se pode fazer ouvidos moucos aos avanços conquistados pela Lei da Migração, na medida em que perscruta atribuir um verdadeiro estatuto de cidadania ao migrante, assegurando-lhe o acesso aos bens materiais básicos prometidos pela norma fundamental, no resgate das promessas firmadas pela humanidade.

Por outro lado, persistia a emblemática

34 REDIN, Giuliana. Direito Humano de Imigrar e os desafios para construção de uma política nacional para imigrantes e refugiados. In: REDIN, Giuliana; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da. *Direitos Emergentes na Sociedade Global: Programa de Pós-Graduação em Direito na UFSM*. Santa Maria: Ed. UFSM, 2016, p. 17.

situação do trabalho prestado por migrantes indocumentados, que desafiam a soberania de um Estado na disciplina da imigração. Isso porque constitui o controle migratório em ato soberano da entidade estatal, atribuindo a esta o poder de decidir sobre regras de admissão, tratamento e condições de retirada de migrantes de seu território nacional.

Por consequência, pela ruptura do regramento interno adotado, o migrante irregular, em que pese inserido em uma relação de trabalho subordinada, não estaria, em tese, resguardado pela legislação trabalhista, dada a máxima de que o torpe não se pode beneficiar de sua própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

Esse entendimento, contudo, não contou com a chancela do Poder Judiciário³⁵, cuja jurisprudência guiava para a imediata solução de continuidade da atividade prestada, mas, garantindo-se, ao migrante, todo o catálogo de direitos trabalhistas alinhavados no ordenamento jurídico nacional. A interpretação operada pelos bancos pretorianos encontra ressonância no próprio texto constitucional, o qual repudia toda e qualquer forma de mercantilização do trabalho, como também e, sobretudo, na própria tessitura axiológica do Direito do Trabalho, que coloca a salvo o trabalho prestado, ainda que em condições avessas, em razão da teoria das nulidades relativas, com efeito *ex nunc*.

A filtragem constitucional, portanto,

35 A propósito, citam-se os seguintes arestos exarados pelo C. TST: RR n. 750.094/01.2, oriundo da Sexta Turma, sendo o acórdão de relatoria do Ministro Horário Senna Pires; RR 219000-93.2000.5.01.0019, oriundo da Quarta Turma, sob a relatoria da Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, cujo acórdão foi publicado em data de 22/09/2011.

permite concluir que a situação jurídica do migrante não é óbice para que a ele se estenda os direitos justralhistas. Se no plano dos fatos, a condição de clandestinidade o inferioriza, no plano jurídico, a contemplação desses direitos o equaliza. Isso significa que não se pode admitir a sucumbência da ordem material protetiva em reverência a uma ordem meramente formal. O Direito do Trabalho lastreia essa perspectiva inclusiva, cujo fundamento maior é o próprio direito à vida. A concepção da igualdade, neste contexto, é materializada pela extensão do mínimo existencial ao trabalhador migrante indocumentado. Esse mínimo existencial é alcançado pelo trabalho, minimamente, protegido.

Nessa senda, a proteção justralhista do imigrante passaria pelo reconhecimento da condição de *outro* do imigrante, chamando para o Direito do Trabalho nacional a responsabilidade tutelar (ao menos em relação trabalho prestado), dando à justiça sua necessária concreção. A extensão máxima da proteção ao trabalho dos imigrantes (regulares ou irregulares) parece a mais consentânea aos ideais de uma justiça que se faça, sobretudo, para outrem. Essa visão foi abraçada pela Lei nº 13.445/2017, em seu art. 4º, inciso XI, ao elencar como direito a “aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória”, afinada com a tessitura constitucional de 1988, harmoniosa nas tensões, tal como se dá com o arco e a lira. Aliás, essa dimensão protetiva já traduzia o entendimento consagrado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, objeto de análise do tópico seguinte.

IV. O posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre os direitos trabalhistas dos imigrantes indocumentados

“Teimosos, voltam a erguer-se o sonho e o migrante;

Nas asas do vento, vencem ambos os caminhos;

O sonho se faz raiz, se faz broto e se faz tronco;

Se faz árvore, se faz flor, se faz fruto;

No chão de uma nova pátria planta raízes.

Que não de forjar uma cidadania sem fronteiras,

Onde acima da raça, língua, cultura, está a vida.”

(Imigrantes – Nas asas do sonho. Pe. Alfredo J. Gonçalves)

Em resposta aos questionamentos formulados pelos Estados Unidos Mexicanos, em vista do fenômeno migratório recorrente de mexicanos, trespassando as fronteiras norte-americanas de forma irregular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos formalizou documento conhecido como *“Opinión Consultiva OC 18/03, de 17 de septiembre de 2003: condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”*, posicionando-se sobre a necessidade de se estender a proteção trabalhista aos trabalhadores imigrantes indocumentados. A base do entendimento consolidado radicou-se do princípio da igualdade que conta com previsão expressa em diplomas internacionais que abraçam e promovem “a lapidação do diamante ético dos

direitos humanos”.³⁶

Dentre eles, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 1º, firma o compromisso entre os Estados de assegurar o

[...] respeito dos direitos e liberdades nela reconhecidos e garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica ou qualquer outra condição social.

Reforça esse pacto de solidariedade, segundo o qual ocupa a pessoa humana o centro da gravitação jurídica, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ao sufragar, no seu art. 2º, item I que:

[...] Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeito a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política ou outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais também contempla o princípio da igualdade, denotando, no seu art. 2º, parágrafo 2º, a necessidade de conformação da ordem jurídica nacional com os paradigmas assentados pela consagração dos direitos humanos:

36
Expressão cunhada por Joaquín Herrera Flores.

[...] Os Estados Membros no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

Cravando-se nesses diplomas de ordem axiológica, a Corte Interamericana de Direitos Humanos assim opinou:

[...] De conformidad con el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo II de la Declaración Americana, en el artículo 24 de la Convención Americana, en el artículo 7 de la Declaración Universal y en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda medida que propicie un trato perjudicialmente distinto a personas o grupos de personas que se encuentren en el territorio de un Estado americano y sujetas a su jurisdicción, es contraria al reconocimiento de igualdad ante la ley, que prohíbe todo tratamiento discriminatorio con apoyo en la ley. Los trabajadores en situación irregular son objeto de un tratamiento hostil debido a su condición migratoria y, en consecuencia, son considerados como un grupo inferior en relación con el resto de los trabajadores legales o nacionales del Estado que se trata. Un órgano de un Estado parte en los instrumentos internacionales anteriormente mencionados que, AL interpretar su legislación interna, afirme alguna diferencia de trato en el goce y disfrute de un derecho laboral, basado solamente en la

condición migratoria de un trabajador, estaría haciendo una interpretación contraria al principio de igualdad jurídica. Tal interpretación puede servir de justificación para que los empleadores despidan a trabajadores indocumentados, al amparo de un criterio preestablecido que supone la supresión de ciertos derechos laborales em razón de la condición migratoria irregular. La circunstancia anteriormente descrita es aún más grave si se toma en cuenta que la misma situación irregular de los trabajadores indocumentados provoca que éstos sientan temor de acudir a las instancias gubernamentales encargadas de vigilar el cumplimiento de las normas laborales y, consecuentemente, los empleadores que incurren en estas prácticas no son sancionados. A diferencia de lo que sucede cuando se despide a trabajadores nacionales o residentes legales, resulta económicamente más ventajoso despedir AL trabajador indocumentado debido a que el patrono no estará obligado a indemnizar en forma alguna por tales despidos, dándose una “clara contradicción con el principio de igualdad ante la ley”. El derecho a la igualdad ante la ley no sólo tiene aplicación respecto del goce y ejercicio de los derechos laborales, sino además se hace extensivo a todo derecho reconocido en la legislación interna, de manera que abarca “un universo de derechos mucho más amplio que los derechos y libertades fundamentales consagrados em el derecho internacional”. Este alcance del derecho a la igualdad “tiene importantes aplicaciones en La competencia de los órganos de derechos humanos”.³⁷

37 Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em 08/02/2019.

Ao final, concluiu que:

[...] Los derechos laborales fundamentales que no podrían ser restringidos son aquellos que los instrumentos internacionales de derechos humanos consagran respecto de todos los trabajadores, incluidos los migrantes, independientemente de su situación regular o irregular. En este sentido, parece haber un consenso, derivado de dichos instrumentos internacionales, de que existe “un conjunto de derechos que, por su propia naturaleza, son de tal forma esenciales a la salvaguarda del principio de igualdad ante la ley y del principio de no discriminación que su restricción o suspensión, bajo cualquier título, conllevaría la violación de estos dos principios cardinales del derecho internacional de los derechos humanos”. Algunos ejemplos de estos derechos fundamentales son: derecho a igual salario por igual trabajo; derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, incluyendo los beneficios de la seguridad social y otros derivados de empleo pasado; derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses; derecho a las garantías judiciales y administrativas para la determinación de sus derechos; prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, y prohibición del trabajo infantil. Toda restricción al goce de los derechos fundamentales que se derivan de los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación atenta contra la obligación erga omnes de respetar los atributos inherentes a la dignidad del ser humano, siendo el principal la igualdad em derechos. Las formas concretas de discriminación

pueden ir desde la privación del acceso a la justicia para defender los derechos conculcados, hasta la negación de derechos derivados de una relación laboral. Cuando se realizan tales discriminaciones por medio de decisiones administrativas o judiciales, se actúa con base en la tesis de que el goce de derechos fundamentales puede estar condicionado a la consecución de objetivos de política migratoria. El individuo ha adquirido el rango de auténtico sujeto activo y pasivo del derecho internacional. El individuo puede ser sujeto activo de obligaciones en materia de derechos humanos, así como responsable en lo individual de su incumplimiento. Este aspecto ha sido desarrollado en el Derecho Penal Internacional y en El Derecho Internacional Humanitario. En otras materias, como la comprendida en esta solicitud de opinión consultiva, se podría establecer que “tratándose de normas fundamentales, reveladas a través de manifestaciones objetivas, y siempre que no exista duda en cuanto a su vigencia, el individuo, como podría ser un empleador, pueda estar obligado a respetarlas, sin importar las medidas de carácter interno que el Estado haya tomado para asegurar, o incluso para vulnerar, su cumplimiento”. La “traslación” de la cláusula Martens a la protección de los derechos de los trabajadores migrantes implicaría otorgar a dichas personas un umbral adicional de protección, de acuerdo al cual en situaciones en las que el derecho positivo no reconozca o reconozca en menor grado determinados derechos fundamentales, tales derechos serán justiciables. La salvaguarda de derechos humanos tan fundamentales como los que se desprenden del principio de igualdad ante la ley y de no discriminación está protegida por “los

principios de la moral universal”, a que alude el artículo 17 de la Carta de la OEA, aun en ausencia de disposiciones de derecho positivo inmediatamente vinculantes para quien tiene a su cargo el deber de garantizar el respeto de tales derechos.³⁸

Nesta perspectiva, alinharam-se as arestas divergentes para a construção de um anteparo de prevalência dos direitos essenciais do ser humano, ressaltando que tais direitos não decorrem da condição de ser ele nacional (*eu*) ou estrangeiro (*outro*), mas, a rigor, do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana.

Se em condição regular ou irregular – não importa. A indocumentação do trabalhador migrante não obsta a que o Estado estenda a ele os direitos contemplados pela ordem justralhista. Do contrário, estar-se-ia a compactuar com o aviltamento da dignidade do ser humano, propiciando a disseminação da mácula da exploração e, com isso, recrudescendo o estado de miserabilidade do trabalhador indocumentado.

Mais grave ainda, estar-se-ia autorizando a insensatez da volatilidade do mercado econômico, em que se privilegia a contratação do migrante, desprovido de direitos, em detrimento da contratação de um nacional, tutelado pela ordem jurídica.

Assim, a universalização da proteção ao trabalho, em sua materialidade não parece poder sucumbir a obstáculos de ordem formal, sobretudo em face do trabalho humano efetivamente realizado. Afiança esse entendimento a própria garantia ao direito fundamental ao trabalho digno, prenunciada

38 Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em 08/02/2019.

por DELGADO:

[...] Entende-se que o trabalho não violará o homem enquanto fim em si mesmo, desde que prestado em condições dignas. O valor da dignidade deve ser o sustentáculo de qualquer trabalho humano. Por esta razão é que se impõe a necessidade de que, pelo menos, os direitos alçados à qualidade de indisponibilidade absoluta (e que sejam relacionados à prestação de serviços) estejam assegurados a todo e qualquer trabalhador.³⁹

Tal posição ressona na própria vocação protetiva do Direito do Trabalho, que tem em sua gênese a preocupação da retificação efetiva de um desequilíbrio no plano dos fatos. Aqui, em reconhecimento à identidade humana e ao valor trabalho, protege-se o suposto *outro*, estendendo a ele as garantias justralhistas, conduzindo-o a uma virtual situação de igualdade com os nacionais.

V. A convenção nº 143 da OIT: novo marco regulatório de proteção ao trabalho dos migrantes indocumentados

“O direito do Outro à sua estranheza é a única maneira pela qual meu próprio direito pode expressar-se, estabelecer-se e defender-se. É pelo direito do Outro que meu direito se coloca”.

(Bauman, Zigmunt)⁴⁰

39 DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006, p. 207.

40 BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade e ambivalência*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 411.

A Organização Internacional do Trabalho, preocupada com o recrudescimento do movimento migratório e, simultaneamente, com o crescimento do sentimento nacionalista, fruto de inspirações euro-centristas, o que, em certa medida, demonstra um recuo da democracia, conta, atualmente, com três convenções voltadas para o movimento migratório. São elas: a Convenção nº 97, que versa sobre os trabalhadores migrantes; a Convenção nº 118, que trata sobre a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros em matéria atrelada à previdência social e, por fim, a Convenção nº 143, que versa sobre as imigrações operadas em condições abusivas e sobre promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes.

Embora aprovadas em momentos distintos pela Conferência Internacional do Trabalho, todas elas visam, em *ultima ratio*, garantir a livre circulação de pessoas, por ser um direito natural e, nesta qualidade, içado a direito humano e, sobretudo, assegurar condições mínimas de existência e de trabalho ao migrante.

A Convenção nº 143 da OIT, todavia, sem desmerecer as demais pela importância do bem jurídico que tutelam, conta com uma linguagem singular, notadamente no que se refere a sua estampa humanista. Recebe, em especial, o nome de Convenção sobre as Imigrações Efetuadas em Condições Abusivas e Sobre a Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes, em vigor desde 09 de dezembro de 1978.

Aliada à necessidade de promoção de igualdade de tratamento, cujo tema foi contemplado tanto pela Convenção nº 97 quanto pela Convenção nº 118, destaca-se do

seu núcleo normativo os direitos fundamentais natos e extensivos aos trabalhadores migrantes, independentemente de sua condição sócio-jurídica. SCHOUKENS e PIETERS assinalam que:

[...] ILO Convention N. 143 on Migrant Workers (Supplementary provisions) of 1975, which deals with the prevention of irregular migration in abusive conditions and the promotion of equality of opportunity and of treatment. This instrument provides, in article 1, for the general state obligation that the 'basic human rights of all migrant workers' must be respected. Furthermore Article 9(1) of ILO Convention No. 143 guarantees equal treatment of regular and irregular migrants with regard to rights arising from past employment as regards remuneration, social security and other benefits.⁴¹

Dentro desta concepção, a Organização Internacional do Trabalho reforça o repúdio ao trabalho mercantilizado, reificado e alienante. A compreensão do valor social do trabalho perpassa, ao fim e ao cabo, pela promoção da dignidade da pessoa humana, em uma perspectiva global. Por isso, invoca a cooperação dos Estados-membros na implementação de políticas públicas com vistas a erradicar as migrações clandestinas e o emprego ilegal. Em seu art. 6º, enfatiza o combate ao tráfico ilegal:

[...] No âmbito das várias legislações nacionais, deverão ser tomadas disposições para uma detecção eficaz de emprego ilegal de trabalhadores migrantes e para a definição e

41 SCHOUKENS, Paul; PIETERS, Danny. Illegal labour migrants and access to social protection. In: *European Journal of Social Security*, vol. 6, 2004, p. 238.

aplicação de sanções administrativas, civis e penais, incluindo penas de prisão, no que diz respeito a emprego ilegal de trabalhadores migrantes e à organização de migrações com fins de emprego que impliquem os abusos definidos no artigo 2 da presente Convenção e ainda a assistência prestada conscientemente a tais migrações, com ou sem fins lucrativos.

De outra ponta, declara que um trabalhador migrante, em situação regular, não pode ser considerado irregular pela simples perda do emprego e esta, por si só, não deverá acarretar a revogação da sua autorização de residência e de trabalho. Nesta medida, ao imigrante é assegurado o mesmo tratamento jurídico dispensado aos nacionais, inclusive no respeitante às garantias relativas à segurança de emprego, à reclassificação e à readaptação.

Pontua, também, que o movimento migratório de trabalhadores deveria ficar a cargo de agências públicas de emprego, em conformidade com acordos multilaterais e bilaterais celebrados, com destaque para a garantia de livre circulação de pessoas.

Outro ponto que merece destaque se refere ao compromisso dos Estados-membros em promover medidas com vistas a encorajar programas de educação, em ordem a garantir aos trabalhadores migrantes o conhecimento mais completo possível da política adotada, dos seus direitos e obrigações, bem como de todas as iniciativas que se destinam a lhes prestar assistência.

A Convenção nº 143 da OIT conta, até o momento, com a ratificação de 24 Estados.⁴² A

42 OIT. Ratifications of C143 - Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975 (No. 143). Disponível em:

baixa adesão a seu conteúdo normativo se deve aos seguintes fatores: (i) os países europeus não eram afeitos à possibilidade de os migrantes poderem optar por outra ocupação depois de dois anos da imigração; (ii) países como México e Marrocos, por exemplo, demonstraram desinteresse em fazer parte dos programas de combate à migração irregular; e (iii) os Estados Unidos, por seu turno, manifestaram objeção à ratificação, na medida em que a migração irregular se mostrara conveniente para o setor agrário.⁴³

Por conta disso, a Organização das Nações Unidas – ONU-, no ano de 1990, preocupada com a crise humanitária instalada no globo, elaborou a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias, tendo, como leme, a proteção universal dos direitos humanos dos migrantes, independentemente de sua situação legal. Sem maiores surpresas, uma lista de direitos segue uma necessária visão holística ou integral dos direitos humanos, compreendendo os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Todavia e não é algo meramente casual, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias, apesar de ter entrado em vigor em 01 de julho de 2003, não foi bem recepcionada pela comunidade internacional, contando com risíveis

.....
http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312288
 Acesso em: junho de 2019.

43 BOHNING, Roger. The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: The Past and Future. *In: International Migration Review*, vol. 25, no. 4, December 1991, p. 698-709.

ratificações.⁴⁴

O Brasil, infelizmente, não aderiu à Convenção nº 143 da OIT⁴⁵ tampouco à Convenção de 1990, diferentemente das Convenções nº 97 e 118, as quais foram incorporadas ao ordenamento jurídico nacional. De acordo com o relatório elaborado pela Comissão Tripartite instituída para examinar o conteúdo normativo da Convenção nº 143 da OIT, entre as razões para a sua não ratificação, destacam-se as seguintes:

[...] Nossa Constituição já consagra o princípio da igualdade entre brasileiros e estrangeiros e nossa legislação do trabalho não só assegura direitos trabalhistas e previdenciários aos estrangeiros, como a estes garante o caminho do Poder Judiciário, para a manutenção dos exercícios desses direitos.

44 Para maior aprofundamento sobre o tema, ver: ILO – *Visions of the future of social justice: essays on the occasion of the ILO's 75th Anniversary*. Geneva, International Labour Office, 1994.

45 No Diário Oficial da União (DOU) de 03 de novembro de 1986, foi publicada a Portaria 3.362, do Ministério do Trabalho, instituindo Comissão Tripartite para examinar a Convenção nº 143 e a Recomendação nº 151 da Organização Internacional do Trabalho. Foram indicados para integrar a Comissão Eunice de Sá Oliveira, representante da Secretaria de Imigração, Orlando da Silva Vila Nova, representante da Secretaria de Relações do Trabalho, Paulo Monteiro Freitas, representante da Confederação Nacional das Profissões Liberais, José Dias Trigo, representante da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Terrestres, Renato Rodrigues, representante da Confederação Nacional do Comércio e Zoraide Amaral de Souza, representante da Confederação Nacional da Indústria. A Comissão teria 60 dias para concluir seus trabalhos. Em ofício de 23 de fevereiro de 1987, a Comissão Tripartite encaminhou seu relatório final, com base nos pareceres das entidades patronais e dos trabalhadores, concluindo pela não ratificação da Convenção nº 143 e Recomendação nº 151 da OIT, conforme o voto da maioria de seus representantes e contra o voto da representante da Confederação Nacional da Indústria e abstenção do representante da Confederação Nacional das Profissões Liberais.

[...]

Desde que grande parte dos princípios contidos na Convenção já se integram na legislação pátria e, ainda, levando em conta que as preocupações de direito internacional mais particularizadas não são problemas que no Brasil afetam os princípios de convivência entre os países e- quanto aos trabalhadores nacionais e estrangeiros- **também entre eles, é preciso convir que algumas normas da Convenção só viriam, se aprovada, modificar uma política migratória, que hoje se caracteriza por uma linha restritiva e seletiva, porque tendente, agora, à garantia de oferta de emprego aos nacionais, sem barrar a colaboração de mão de obra especializada.**

Não convém ao país, com essas premissas, alargar a faixa de obrigações com estrangeiros – e não há de falar-se em movimentos migratórios- como, por exemplo, a obrigação, praticamente impossível, de garantir-se ao migrante e sua família que preservem a identidade nacional, vínculos culturais, incluindo a possibilidade de os filhos receberem a educação na língua materna.

A condição genérica de garantir-se legalidade da permanência, em caso de perda de emprego, por exemplo, também implicaria em modificações de dispositivos da Lei de Estrangeiro, relativos às hipóteses de concessão de vistos de permanência.⁴⁶

(destaques nossos)

A se ver, a justificativa empregada pela Comissão reside e remonta - como sempre se observou no que diz respeito à política

46 OIT. *Trabalho decente nas Américas: uma agenda hemisférica*, 2006, 2015. Dezembro de 2006. Disponível em https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_226226/lang--pt/index.htm. Acesso em junho de 2019.

migratória no Brasil desde a era colonial - a um discurso assimilacionista da migração, em que se privilegia a entrada de migrantes mais qualificados – e aqui se faz alusão, em especial, aos migrantes europeus -, de um lado e, de outro, em que o controle migratório – dirigido para aqueles que não ostentam as características de “*branco e qualificado*” - presta-se como escudo de preservação da empregabilidade dos nacionais.⁴⁷ Aliás, neste ponto, vale lembrar o trabalho de HEHL NEIVA que, embora datado de 1944, ainda se mostra bastante atual, notadamente quando reporta que:

[...] O Brasil é a maior civilização tropical branca. O processo de branqueamento é sensível e continuará, se o ajudarmos. Escapamos de nos africanizar no período colonial; não devemos permitir que nos mongolizemos.⁴⁸

Malgrado o assimilacionismo da política de controle dos fluxos migratórios em território nacional, ranço da era colonial do qual ainda o País não se libertou, convém destacar que os diplomas internacionais invocados não perdem a qualidade de *supralegais*, máxime porque versam sobre direitos humanos e, nesta condição, obrigam os Estados, sejam eles signatários ou não.

Demais disso, oportuno lembrar que, no ano de 2008, a Organização Internacional

47 Para maior aprofundamento sobre o discurso assimilacionista por que passou – e ainda passa – o Brasil, ver: SEYFERTH, Giralda. Imigração e nacionalismo: o discurso da exclusão e a política imigratória no Brasil. In: CASTRO, Mary G. (coord.). *Migrações internacionais – contribuições para políticas*. Brasília: CNPD, 2001, p. 137-150.

48 HEHL NEIVA, Arthur. O problema imigratório brasileiro. In: *Revista de Imigração e Colonização*, ano 5, nº 3, 1944b, p. 578.

do Trabalho assinou uma Declaração Conjunta com o antigo Ministério do Trabalho, atual Ministério da Economia, relativa à Cooperação na área de Migrações Laborais.⁴⁹ Por meio dessa declaração, ambas as instituições estabeleceram as bases de um trabalho compartilhado para a promoção e construção de políticas migratórias no marco das metas voltadas a trabalhadores imigrantes estabelecidas na Agenda Hemisférica do Trabalho Decente das Américas.⁵⁰

Espera-se que o próximo passo seja o da incorporação das Convenções nº 143 da OIT e de 1990 da ONU na ordem positiva nacional, integrando-as ao sistema de tutela integral do trabalhador imigrante, em todas as suas dimensões e vicissitudes.

VI. Para encerrar: um pouco de *Bobbio e Viroli*

“Nenhum homem é uma ilha, completa em si mesma; cada homem é um pedaço do continente, uma parte do todo...a morte de cada homem me diminui, porque estou envolvido pela humanidade e, portanto, nunca perguntes por quem os sinos dobram; eles dobram por ti”.

(John Donne)

49 OIT. *Migração Laboral no Brasil: políticas, leis e boas práticas* (2007 a 2016). Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_547266.pdf. Acesso em junho de 2019.

50 OIT. *Trabalho decente nas Américas: uma agenda hemisférica*, 2006, 2015. Dezembro de 2006. Disponível em https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_226226/lang--pt/index.htm. Acesso em junho de 2019.

Em um diálogo entre BOBBIO e VIROLI acerca dos direitos e deveres na República, BOBBIO afirma que, se lhe sobrassem alguns anos de vida, estaria tentado a escrever *L'età dei doveri* (*A era dos deveres*). Segundo ele:

[...] para que a Declaração dos Direitos do Homem não seja, como disseram tantas vezes, um elenco de desejos pios, deve existir uma correspondente declaração dos deveres e das responsabilidades daqueles que devem fazer valer estes direitos.⁵¹

Em seguida, é questionado por VIROLI: - “Se você tivesse de escrever um decálogo dos deveres do cidadão, qual seria o primeiro dever?”⁵²

Responde, então, BOBBIO: “O dever de respeitar os outros. A superação do egoísmo pessoal. Aceitar o outro. A tolerância aos outros. O dever fundamental é dar-se conta de que você vive em meio aos outros”.⁵³

Percebe-se que, ao apresentar sua resposta, *Bobbio* remete à noção de dever de aceitação do ser humano, sem fazer qualquer referência a sua origem, raça, etnia, cor, orientação sexual, religião e sexo. A condição humana é o quanto basta para se depositar sobre o outro o dever de respeito, jurídico ou

51 BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. *Direitos e Deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania*. Trad. Daniela Beccaria Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 42.

52 BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. *Direitos e Deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania*. Trad. Daniela Beccaria Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 43.

53 BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. *Direitos e Deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania*. Trad. Daniela Beccaria Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 43.

moral.

Sob essas lentes que se deve enxergar o movimento de pessoas ao redor do globo, pouco importando se em condições regulares ou irregulares. A universalidade dos direitos humanos não se afina com a fragmentação dos continentes em Estados, mas tem como coluna de sustentação o homem, a mulher e a criança, brancos ou negros, amarelos ou pardos, documentados ou indocumentados. Se a nacionalidade criou a exclusão, os direitos humanos têm o condão de corrigir essa distorção, de responsabilidade de cada Estado integrante da comunidade internacional.

Afinal de contas, o que leva uma família a deixar sua casa, sua cultura, sua identidade para se aventurar no risco das águas, do ar e da terra, levando na bagagem a memória de um lar despedaçado e, no coração, o sonho de mudança senão a necessidade? Onde há necessidade, ausenta-se a liberdade, diz BOBBIO a VIROLI.⁵⁴ Mais fácil se torna, então, carpir-se à vontade arbitrária de outros indivíduos, cuja manipulação perpassa pelo medo, que, por sua vez, alimenta comportamentos servis. Casos típicos de migrantes indocumentados, os quais vivem em submundos, atraídos por subcontratos, em subempregos, como sub-humanos.

Por isso, chama-se a atenção do papel do Direito, enquanto regulador das condutas sociais, cuja estrutura normativa contribui tanto para a formação de nova era de governabilidade, como também pode servir de subsídio para o reencontro do limite

54 BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. *Direitos e Deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania*. Trad. Daniela Beccaria Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 29.

catastrófico experimentado pela humanidade, marcadamente nos anos de 1939 a 1945.

Ainda BOBBIO:

[...] Creio que você esteja contrapondo a justiça à caridade. Este é um grande tema da cultura laica. A caridade deixa as coisas como estão, alivia o sofrimento, mas não cumpre qualquer ação para remontar às causas. Onde houver sofrimento, vai em socorro. Você fala de caridade para descrever a exigência de combater as causas dos sofrimentos, mas seria correto falar de senso de justiça, que se expressa na exigência de modificar o estado de coisas através do direito.⁵⁵

A Lei nº 13.445/2017 representa, sem sombra de dúvidas, esse senso de justiça do qual fala *Bobbio*. Contudo, se desacompanhada de mecanismos de efetivação e de políticas públicas de implementação, não passa de um texto. E de *texto por texto*, o Brasil já tem muitos. A mudança perpassa, acima de tudo, pela mudança de consciência jurídica, da individual, para a universal. Novamente, BOBBIO a VIROLI:

[...] Quando penso em alguma coisa que me transcende, penso na humanidade. Reflito sobre a história da humanidade. Uma história à qual eu pertencço. Uma história que tem sentido trágico que eu procuro compreender não obstante sua complexidade. Tudo para mim é tão humano a ponto de considerar a própria religião um produto do homem. A fé no homem é tudo. Nós somos homens em meio aos homens.⁵⁶

55 BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. *Direitos e Deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania*. Trad. Daniela Beccaria Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 65.

56 BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. *Direitos e*

Não é o documento que faz do homem ser humano. Por isso, ao Direito do Trabalho recai o importante encargo de estender a esses trabalhadores sua miríade de direitos, escachando seu braço de atuação, forte no compromisso de construção de uma sociedade verdadeiramente justa e solidária. Ombreado a ele, desponta a Convenção nº 143 da OIT, cuja normatividade resgata a centralidade do ser humano, independentemente de seu *status* jurídico.

Mas isso não é tudo.

A ética da alteridade precisa ser alargada a toda humanidade. A justiça, nesta qualidade, expressa-se numa responsabilidade incondicional e irrecusável do *eu (nacional)* não só pelo *outro (imigrante)*, mas também por todos os *outros*, rompendo com o egoísmo contemporâneo e proporcionando condições de que a humanidade atinja sua verdadeira essência de solidariedade e fraternidade. Talvez, tudo isso não passe de uma utopia, *a lá Kant*. Mas entre a utopia e o nada, prefere-se a primeira.

VII. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Paulo Sérgio; PENNA, Rodrigo (org.) *Contribuições para a Construção de Políticas Públicas voltadas à Migração para o trabalho*. Brasília: Escritório Internacional do Trabalho, 2009.

ANTUNES, Ricardo; ALVES, Giovanni. As mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital. *In: Cadernos de*

Deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania. Trad. Daniela Beccaria Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 75.

Estudos Sociais, Campinas, vol. 25, n. 87, maio/ago de 2004, p. 335-351.

ARENDR, Hannah. *Eichmman em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade e ambivalência*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

_____; VIROLI, Maurizio. *Direitos e Deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania*. Trad. Daniela Beccaria Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BOHNING, Roger. The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: The Past and Future. In: *International Migration Review*, vol. 25, no. 4, December 1991, p. 698-709.

BRONSTEIN, Arturo. *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo – Desafios actuales*. Genebra: OIT, 2010.

CAMPOS, Lucilene Lemos de; RODRIGUES, Luciano. Migrantes e migrações: entre a história e a literatura. In: *Albuquerque - Revista de História*, Campo Grande, MS, v. 3 n. 5 p. 33-49, jan./jun. 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Deslocados e a proteção dos migrantes na legislação internacional dos direitos humanos. In: *Cadernos de Debates 3 - Refúgio, Migrações e Cidadania* –, novembro de 2008, p. 53-93.

CARVALHO RAMOS, André de. Direitos dos estrangeiros no Brasil: a imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em

situação irregular. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA Daniela; PIOVESAN, Flávia (org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 721-745.

CRIVELLI, Ericson. *Direito Internacional do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory of practice of equality*. Harvard University Press: 2002.

FLORES, Joaquim Herrera. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*. Mimeo, 2010.

HEHL NEIVA, Arthur. O problema imigratório brasileiro. In: *Revista de Imigração e Colonização*, ano 5, nº 3, 1944b.

ILO – *Visions of the future of social justice: essays on the occasion of the ILO's 75th Anniversary*. Geneva, International Labour Office, 1994.

LÉVINAS, Emmanuel. *Totalité et Infini: essai sur l'extériorité*. 4ème édition. Dordrecht/Boston/London, Kluwer Academic Publishers: Paris, 1988.

MARQUES, Adhemar, BERUTTI, Flávio C., FARIA, Ricardo de Moura. *História através de textos*. São Paulo: Contexto, 1989.

MELO, Nelo Vieira de. *A ética da alteridade em Emmanuel Lévinas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. *A proteção jurídica do trabalhador como exercício da alteridade*. In: *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v.48, n.78, p.113-121, jul./dez.2008.

OIT. *Trabalho decente nas Américas: uma agenda hemisférica*, 2006, 2015. Dezembro de 2006. Disponível em https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_226226/lang--pt/index.htm. Acesso em junho de 2019.

OIT. *Migração Laboral no Brasil: políticas, leis e boas práticas (2007 a 2016)*.

Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_547266.pdf.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUINTANA, Mário. *Da perfeição da vida*. Disponível em <https://www.recantodasletras.com.br/pensamentos>. Acesso em 30/05/2019.

RAMOS, Graciliano. *Vidas Secas*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

REDIN, Giuliana. Direito Humano de Imigrar e os desafios para construção de uma política nacional para imigrantes e refugiados. In: REDIN, Giuliana; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da. *Direitos Emergentes na Sociedade Global: Programa de Pós-Graduação em Direito na UFSM*. Santa Maria: Ed. UFSM, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHOUKENS, Paul; PIETERS, Danny. Illegal labour migrants and access to social protection. In: *European Journal of Social Security*, vol. 6, 2004.

SEYFERTH, Giralda. Imigração e nacionalismo: o

discurso da exclusão e a política imigratória no Brasil. In: CASTRO, Mary G. (coord.). *Migrações internacionais – contribuições para políticas*. Brasília: CNPD, 2001, p. 137-150.

SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Tradução de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2016.

STALKER, Paul. *The no-nonsense guide to international migration*. Oxford: New Internationalist Publications, 2008.

SAYAD, Abdelmalek. *A imigração ou os paradoxos da alteridade*. Tradução de Cristina Murachco. Edusp: São Paulo, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1987.

TEXIDÓ, Ezequiel, BAER, Gladys. Inserción sociolaboral de los migrantes. In: TEXIDÓ, Ezequiel et al. *Migraciones laborales em Sudamérica: el Mercosur ampliado*. Genebra: Oficina Internacional do Trabalho da Organização Internacional do Trabalho, 2003.

A REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS A DE ESCRAVO: PERSPECTIVA COMPARADA ENTRE AS NORMAS DA OIT E DO BRASIL

Theanna de Alencar Borges

*Ah! Se a vossa liberdade
Zelosamente guardais,
Como sois usurpadores
Da liberdade dos mais?*

(Manuel Maria Barbosa du Bocage)

SUMÁRIO

Introdução. 1) A regulamentação do trabalho forçado nas normas da OIT. 2) A regulamentação do trabalho em condições análogas a de escravo no Brasil. 3) Desafios para o combate ao trabalho análogo ao de escravo nos próximos anos. Conclusões. Referências bibliográficas.

RESUMO

O trabalho escravo é uma chaga social. Sua origem histórica no mundo antecede à existência do trabalho tal como existente nos dias de hoje, em que existe liberdade de trabalho. Atualmente, é um dos graves problemas de direitos humanos e uma das maiores violações à dignidade humana que se

verifica em todo o mundo. Mudaram apenas os métodos de escravidão, mas a problemática ainda persiste, não apenas no Brasil, mas no mundo. Exatamente por isso, a erradicação do trabalho escravo contemporâneo é uma das principais metas da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que cumpre relevante papel de promoção da dignidade humana nesse centenário de sua atuação. Ainda que não tenha atingido o objetivo, muito já se evoluiu. O presente artigo pretende abordar a problemática do trabalho escravo, numa perspectiva comparada entre as normas da OIT e a legislação interna brasileira, valendo-se, para tanto, de pesquisa bibliográfica e consulta de documentos em organismos internacionais, visando apreciar os principais desafios que serão enfrentados.

PALAVRAS-CHAVE

Trabalho escravo contemporâneo – Liberdade de trabalho – Organização Internacional do Trabalho – Direitos humanos



Theanna de Alencar Borges

Juíza do Trabalho Substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região (Maranhão). Especialista em “Derechos Humanos Laborales y Gobernanza Global” pela Universidade de Castilla-La Mancha (Espanha, 2019). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (2010).

Introdução

A escravidão contemporânea, também chamada de trabalho escravo contemporâneo, não mais é apenas o sinônimo de trabalho forçado, realizado com ausência de liberdade de locomoção, uma vez que os trabalhadores que se encontram em condições análogas às de escravo não estão acorrentados aos tradicionais grilhões, mas a um complexo sistema de débito.

Os dados estatísticos apresentados pela Organização Internacional do Trabalho – OIT¹ são estarrecedores. Segundo a citada organização, mundialmente, o número vítimas da escravidão moderna em 2016 passou de 40 milhões de pessoas, sendo que 71% eram mulheres e meninas, e desse total, por volta de 25 milhões de pessoas foram submetidas a trabalho forçado e 15,4 milhões foram forçadas a se casar em 2016. Além disso, no referido ano, das 24,9 milhões de pessoas submetidas a trabalho forçado, 16 milhões sofreram exploração no setor privado (por exemplo, trabalho doméstico, construção ou agricultura), 4,8 milhões foram vítimas de exploração sexual forçada e 4 milhões sujeitas a situação de trabalho forçado imposto por autoridades de governos.

No âmbito internacional, não apenas a OIT trata do tema, havendo inúmeras normas que versam sobre a vedação à escravidão, considerando-se que se caracteriza por medida de reconhecimento da dignidade inerente a qualquer ser humano, pelo simples fato de possuir a natureza humana.

São relevantes as seguintes normas da OIT as Convenções da OIT de nº 29, 105 e 182 e a Recomendação da OIT de nº 203, Declaração dos Princípios Fundamentais do Trabalho da OIT, as Convenções 138 e 182 da OIT e as Recomendações 146 e 190 da OIT (específico para crianças e adolescentes)

Juntamente como essas Convenções, também existem outras no âmbito internacional que também versam sobre a vedação à escravidão, são elas: a Convenção sobre a Escravatura de Genebra (25.09.1926) - aprovada pelo Decreto Legislativo nº 66/1965 e promulgada pelo Decreto nº 58.563/1966; a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (arts. 1º, 3 e 4)² e os Pactos de Nova York: Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 8), Pacto Internacional relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (art. 6 e 7); Convenção Suplementar da ONU sobre abolição de práticas análogas à escravatura (1956) - aprovada pelo Decreto Legislativo nº 66/1965 e promulgada pelo Decreto nº 58.563/1966; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica); Protocolo de Palermo de 2000 (ratificado pelo Brasil em 2004); Declaração Sociolaboral do Mercosul (artigos 6º e 8º); Estatuto de Roma de Tribunal Penal Internacional (2000); e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 5º).

Considerando-se o objeto deste trabalho, a análise será restrita às normas da OIT e às normas do ordenamento jurídico brasileiro a fim de compreender se as normas internas

1 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho Forçado**. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-escravo/lang--pt/index.htm>>. Acesso em 02/04/2019.

2 HENETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. **La déclaration universelle des droits de l'homme**. Paris, França: Éditions Dalloz, 2015.

brasileiras estão de acordo com as normas internacionais da OIT.

1 A regulamentação do trabalho forçado nas normas da OIT

O Direito do Trabalho busca compensar a desigualdade fática existente entre o trabalhador (*homo faber*) e o empregador, sendo, portanto, a força que se interpõe entre a dignidade da pessoa humana e a violência da lei de mercado, daí sua relevância para a pacificação social.

Nos dizeres de Jean-Emmanuel Ray³, fazendo alusão à obra *Germinal*, de Zola:

[...] Une personne qui travaille et fait vivre une famille n'est pas une chose : le droit du travail, *nécessaire force d'interposition* entre la dignité de la personne humaine et la violence de la loi du marché, même si le collaborateur d'aujourd'hui n'est plus Cosette ou le mineur de *Germinal*, ET doit par exemple être *acteur* de sa propre employabilité.

No cenário internacional, a liberdade de trabalho surgiu com a abolição da escravidão e do regime feudal. Mas isso não era suficiente. Era preciso impedir que tal liberdade fosse violada pelo sistema de servidão contratual.

Após a 1ª Guerra Mundial, surgiram diversos entes internacionais relacionadas aos direitos humanos. A existência de normas internacionais que tratavam sobre a instituição de um padrão mínimo de normas trabalhistas também se fazia essencial para a manutenção

da paz social. Foi nesse contexto que surgiu a Organização Internacional do Trabalho – OIT, em 1919, fundada pelo Tratado de Versalhes, que encerrou a 1ª Guerra Mundial.

Com o passar do tempo, também os Estados começaram a elaborar regras básicas sobre a vedação ao trabalho forçado, especialmente nas Constituições e no Código Civil, vedando a obrigação de trabalho alheio forçoso, a prestação de serviços de forma indefinida por toda a vida e ainda a possibilidade de o trabalhador desistir da relação de trabalho por prazo indeterminado.

Nesse sentido, Valverde *et al.*⁴ indicam o ordenamento jurídico espanhol, respectivamente o art. 17.1 da Constituição da Espanha e o art. 1.583 do Código Civil e o art. 49.1.d do Estatuto dos Trabalhadores.

Valverde *et al.*⁵ lembram do caso recente de trabalho forçado no território europeu com a sentença TEDH de 30/03/2017 da Corte Europeia de Direitos Humanos (caso Chowdury)⁶, o que demonstra que o problema não atinge apenas os países mais pobres.

Acerca das normas da OIT sobre o tema, James Magno Araújo Farias⁷ assim destaca:

O trabalho em condições degradantes e escravagistas viola diretamente três convenções da OIT. Inicialmente, as

4 VALDERDE, Antonio Martín et al. **Derecho del trabajo**. 27. ed. Madrid, Espanha: Editorial Tecnos, 2018. p. 39.

5 *Ibidem*. p. 40.

6 Caso Chowdury x Grécia, em que bangladeshenses que foram recrutados para colher morangos em Manolada, Grécia, foram submetidos a trabalho escravo contemporâneo e feridos por tiros proferidos pelo vigilante da fazenda em que laboravam.

7 FARIAS, James Magno Araújo. **Direito do trabalho: panorama no Brasil após a reforma trabalhista**. São Paulo: LTr, 2018. p. 100.

3 RAY, Jean-Emmanuel. **Droit du travail: droit vivant**. 25. ed. Paris, França: Wolters Kluwer, 2016. p. 23.

Convenções ns. 29 e 105, que tratam da abolição do trabalho forçado: são convenções firmadas em 1930 e 1957, respectivamente. Fere, também a Convenção n. 87, que trata da liberdade do trabalho dentro do prisma sindical.

Percebe-se que é importante apreciar as Convenções da OIT de nº 29 e 105, bem ainda 182 da OIT, além da Recomendação da OIT de nº 203.

A Convenção nº 29 da OIT⁸, de 1930, conceitua trabalho forçado como sendo todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa, sob a ameaça de sanção e para o qual ela não se tenha oferecido espontaneamente (art. 2º). Referida norma foi ratificada pelo Brasil em 25/04/1957.

Para essa norma, considerada convenção fundamental da OIT, o labor forçado é indissociável do trabalho escravo, havendo, pois, necessidade de conjugação de dois elementos: ausência de consentimento para o trabalho (que pode ser em decorrência de escravidão por nascimento/descendência, coação, falsa promessa, sequestro, prisão, etc.) e ameaça de punição, que pode abranger diversas formas, tais como ameaça de morte à própria vítima e/ou seus familiares, prisão, não pagamento do salário, confinamento, violência (até mesmo sexual ou moral), dentre outros.

Referida Convenção veda ao Estado, às empresas e também aos demais particulares exigir trabalho forçado ou obrigatório, sendo dever de cada membro da OIT reconhecer

8 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 29 sobre o trabalho forçado ou obrigatório**. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c029_pt.htm>. Acesso em 02/04/2019.

as situações de trabalho forçado em seu território e de prever sua punição como crime, adequando a legislação nacional considerando-se as particularidades sociais, econômicas e culturais de cada país.

Laís Abramo e Luiz Machado⁹ assim afirmam sobre a Convenção 29 da OIT:

Ao reunir esses dois elementos (ameaça de punição e ausência de consentimento, a Convenção n. 29 pretendeu abranger todas as formas possíveis de trabalho forçado. Sejam aquelas impostas por agentes estatais ou por agentes privados, sejam elas antigas, como a escravidão colonial ou contemporânea, como a servidão por dívidas, o tráfico de seres humanos e o trabalho forçado nas prisões. Diante dessa amplitude do conceito, cabe a cada país que enfrenta situações específicas de trabalho forçado adotar uma legislação particular que tipifique detalhadamente essa prática, a fim de que ela possa ser penalmente sancionada.

Importante mencionar o art. 19 da Convenção 29 da OIT, que assevera que a adoção da Convenção por qualquer um dos Estados Membros não afeta os direitos assegurados nacionalmente ao trabalho que lhe sejam mais favoráveis.

Além da Convenção já citada, há ainda a Convenção nº 105 da OIT¹⁰ (1957), que trata

9 ABRAMO, Laís; MACHADO, Luiz. O combate ao trabalho forçado: um desafio global. In: NOCHI, Andrea Saint Pastous [et al] (coord.). **Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 62.

10 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 105 relativa a abolição do trabalho forçado**. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/>

sobre a abolição do trabalho forçado, também é considerada uma convenção fundamental da OIT, havendo sido ratificada pelo Brasil em 18/06/1965.

É possível dizer que ela é um complemento da Convenção nº 29, uma vez que trata especificamente da proibição de trabalho forçado em cinco hipóteses, conforme art. 1º, quais sejam:

- a) como medida de coerção ou de educação política ou como punição por ter ou expressar opiniões políticas ou pontos de vista ideologicamente opostos ao sistema político, social e econômico vigente;
- b) como método de mobilização e de utilização da mão-de-obra para fins de desenvolvimento econômico;
- c) como meio de disciplinar a mão-de-obra;
- d) como punição por participação em greves;
- e) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

É preciso que se interprete que o rol acima é apenas exemplificativo, podendo a legislação nacional estabelecer outras previsões mais abrangentes que estas, considerando-se que o trabalho escravo contemporâneo se reveste das mais distintas formas e *modus operandi*.

Tamanho a relevância do tema do trabalho escravo contemporâneo para a OIT, que em 1998 foi editada a Declaração dos Princípios Fundamentais do Trabalho¹¹, em que se verifica

normativeinstrument/wcms_c105_pt.htm>. Acesso em 02/04/2019.

11 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho**. Disponível em: <https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf>. Acesso em 02/04/2019.

que a erradicação do trabalho forçado é princípio fundamental do trabalho.

Assim é que todos os Estados membros da OIT, mesmo que não tenham ratificado as convenções que tratam sobre o trabalho forçado, possuem o compromisso de “respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição” a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório. Referido compromisso decorre, portanto, do só fato de pertencer à OIT.

Em 1999 também foi elaborada a Convenção nº 182 da OIT¹² que trata das Piores Formas de Trabalho Infantil, dentre as quais se incluem:

todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, tais como a venda e tráfico de crianças, a servidão por dívidas e a condição de servo, e o trabalho forçado ou obrigatório, inclusive o recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados;

Outrossim, em 2014 a Recomendação nº 203 da OIT¹³ passou a tratar das medidas complementares para a efetiva supressão do trabalho forçado, estabelecendo a necessidade de que sejam estabelecidas ou reforçadas medidas para efetivamente suprimir o trabalho

12 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 182 sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação**. Disponível em: <https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf>. Acesso em 02/04/2019.

13 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação nº 203 sobre o trabalho forçado (medidas complementares)**. Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:3174688:NO>. Acesso em 02/04/2019.

escravo. Dentre essas medidas se destacam as políticas e os planos de ações nacionais que prevejam prevenção, proteção e reparação jurídica quanto ao trabalho forçado, bem como elaboração, coordenação e efetivação da fiscalização do trabalho, assim como da avaliação das políticas e planos de ação nacionais.

Prevê ainda a necessidade de regulamentação de ações jurídicas e de reparação, tais como indenização e acesso à justiça, controle de aplicação e ainda cooperação internacional, medidas que recomenda sejam adotadas por cada membro em suas legislações locais.

Tendo em vista que o trabalho escravo contemporâneo é uma das principais causas de manutenção do *status quo*, mantendo-se o ciclo de pobreza e aprofundamento das desigualdades econômicas, é preciso que seja extirpado da sociedade hodierna.

2 A regulamentação do trabalho em condições análogas a de escravo no Brasil

A abolição da escravatura no Brasil oficialmente se deu com a Lei Áurea, em 1888, mas antes mesmo disso havia Estados em que já se verificavam atos abolicionistas.

No Ceará, por exemplo, mereceu destaque a atuação pioneira de Francisco José do Nascimento, o Chico da Matilde, posteriormente chamado Dragão do Mar¹⁴ por haver paralisado o mercado escravista no porto de Fortaleza já em 1881, nos dias 27, 30 e 31 de janeiro, liderando greve e influenciado outros

14 DRAGÃO DO MAR. **O dragão do mar na história do Ceará**. Disponível em: <<http://www.dragaodomar.org.br/institucional/dragao-do-mar-na-historia-do-ceara>>. Acesso em 10/02/2019.

movimentos libertários no mencionado Estado.

A Lei Áurea aboliu, portanto, o instituto da escravidão, sendo assim libertados mais de 700 mil escravos existentes à época. A bem da verdade, Décio Freitas¹⁵ afirma que “pode-se dizer que [a Lei Áurea] resultou de uma violenta pressão dos proprietários que teriam que pagar a taxa adicional [prevista no inciso II do art. 2º da Lei do Sexagenário] em benefício dos proprietários das províncias de café”. Assim, não se pode dizer que no Brasil a questão humanitária foi a causa da abolição da escravatura.

Ocorre que hodiernamente ainda se faz presente a escravidão contemporânea no Brasil, onde, consoante a OIT¹⁶, as estatísticas apontam que “entre 1995 e 2015, foram libertados 49.816 trabalhadores que estavam em situação análoga à escravidão no Brasil”, que eram, “em sua maioria, migrantes internos ou externos, que deixaram suas casas para a região de expansão agropecuária ou para grandes centros urbanos, em busca de novas oportunidades ou atraídos por falsas promessas”. Do total de libertados, 95% são homens e 83% têm entre 18 e 44 anos de idade, sendo que 33% são analfabetos.¹⁷

Agora os grilhões são outros, merecendo destaque a miséria e a desigualdade social¹⁸ e,

15 *Apud* CAMPELLO, André Barreto. **Manual jurídico da escravidão: Império do Brasil**. Jundiaí: Paco, 2018. p. 257.

16 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho Forçado**. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-escravo/lang--pt/index.htm>>. Acesso em 02/04/2019.

17 No Radar do Trabalho Escravo da Secretaria da Inspeção do Trabalho estão consolidados e detalhados todos os dados das ações concluídas referentes ao combate ao trabalho escravo, desde 1995, que podem ser consultados no endereço: <https://sit.trabalho.gov.br/radar/>.

18 ARRUDA, Kátia Magalhães. A persistência da

no caso dos migrantes, as crises humanitárias vivenciadas por diversos países, a exemplo do que se deu com Haiti e Venezuela.

A Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/1988, de 05 de outubro de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a estabelecer um título próprio para os princípios fundamentais, inspirada no movimento que acontecia após a Segunda Guerra Mundial¹⁹.

Entretanto, ela não aborda expressamente a proibição de trabalho em condições análogas a de escravo. Ocorre que a centralidade da ordem jurídica repousa na dignidade da pessoa humana, de forma que, a partir da leitura de diversos dispositivos constitucionais, a exemplo dos artigos 1º, III e IV; 3º, IV; 5º, *caput* e incisos III, XIII, XV, XXII e XXII; 7º; 170, *caput* e incisos III, VII e VIII; 194; 204; 243, conduz claramente o intérprete à conclusão acerca de tal vedação.

A regulamentação da vedação ao trabalho em condições análogas à de escravo se encontra na legislação infraconstitucional, mais precisamente no art. 149 do Código Penal - CP, cuja definição extrapola o conceito de trabalho forçado, abrangendo o trabalho degradante, considerando-se as razões históricas de que as vítimas do trabalho escravo apesar de livres após a abolição da escravatura continuam submetidas a labor indigno ou degradante. Nesse sentido, José Carlos Souza Azevedo²⁰:

.....
cultura escravocrata nas relações de trabalho no Brasil. In: FARIAS, James Magno Araújo [et al] (coord.). **Trabalho decente**. São Paulo: LTr, 2018. São Paulo: LTr, 2017.

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

20 AZEVEDO, José Carlos Souza. Trabalho escravo: atuação do Ministério Público do Trabalho nas regiões Sul e Sudeste do Estado do Pará. In **Direitos fundamentais do trabalho na visão de procuradores**. Org. LACERDA, João

Ainda que para a OIT o labor forçado seja elemento indissociável do trabalho escravo, não podemos perder de vista que há razões históricas para o trabalho degradante ser considerado trabalho escravo, porquanto aqueles que foram submetidos ao labor com restrição de liberdade, do século XIX, viram-se livres após a abolição, mas não do labor indigno ou degradante. Houve a continuidade da superexploração do obreiro com nova roupagem.

A redação original do art. 149 do CP era imprecisa, assim dispendo:

Redução a condição análoga à de escravo

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

Para reparar a falha, a redação do art. 149 do Código Penal²¹ foi alterada pela Lei nº 10.803/2003, para assim dispor:

Redução a condição análoga à de escravo

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

.....
Filipe Moreira; PORTO, Lorena Vasconcelos. São Paulo: LTr, 2012. p. 39.

21 BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 02/04/2019.

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

I – contra criança ou adolescente; (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

Pela leitura, percebe-se, portanto, que o trabalho em condições análogas às de escravo é o gênero, sendo trabalho escravo e degradante apenas espécies.

A inexistência de um conceito bem definido ainda traz problemas no Brasil.

É possível conceituar trabalho forçado como aquele que restringe a liberdade de ir e vir do trabalhador, por qualquer meio, a exemplo da restrição de locomoção em virtude de dívida contraída com o empregador, retenção no local de trabalho pelo não fornecimento de transporte, vigilância ostensiva com o fim de impedir o deslocamento, retenção de

documentos e objetos pessoais com a finalidade de reter o trabalhador no local de trabalho.

Já o trabalho em condições degradantes é o que se realiza com péssimas condições de trabalho (sem garantias mínimas de conforto, saúde e segurança do trabalhador) e remuneração. Envolve, portanto, o desrespeito aos direitos humanos dos trabalhadores, violando direitos da personalidade, tais como honra, imagem, vida, etc.

O princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas distingue o direito do trabalho do direito comum, uma vez que o trabalho humano deve ser protegido em face do risco de sujeição a condições degradantes de trabalho em virtude da necessidade de subsistência obreira.

Nesse sentido, Hinojosa Ferrer²²:

E na renúncia por parte do operário dos benefícios que a lei lhe concede, se dão as duas circunstâncias que tornam impossível a renúncia. É questão de ordem pública que o trabalho humano seja devidamente protegido e remunerado; que a cobiça não explore a necessidade; que impere a verdadeira liberdade, não diminuída por entraves econômicos. E seria quase sempre em prejuízo de terceiro – dos familiares do trabalhador, dos companheiros de trabalho, que, por sua tibieza, se veriam constrangidos a aceitar condições inferiores de trabalho – a renúncia de seus direitos, que equivaleria, além disso, à das condições indispensáveis para a efetividade do direito à vida.

22 *apud* RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015. p. 143.

O Caso José Pereira²³ merece destaque por nele ter sido reconhecida a responsabilidade do Brasil por graves violações de direitos humanos no âmbito trabalhista, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Entretanto o caso que pode ser considerado um ponto crucial no que se refere à responsabilidade do Estado e sua condenação é o caso Fazenda Brasil Verde, a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 20/12/2016, condenou o Brasil por não prevenir a prática de trabalho escravo moderno e de tráfico de pessoas²⁴.

Os direitos fundamentais no Brasil, dentre os quais se inclui a liberdade de trabalho, são oponíveis, tanto em face do Estado, como também dos particulares, ostentando eficácia vertical e também horizontal. Em se tratando de relação trabalhista, considerando-se a hipossuficiência obreira, com fulcro em Ingo Wolfgang Sarlet²⁵, diz-se que possuem

23 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório Nº 95/03**. Caso 11.289, solução amistosa, José Pereira x Brasil. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>>. Acesso em 02/04/2019.

24 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf>. Acesso em 02/04/2019. No parágrafo 340 da sentença destacou: “De acuerdo a varios informes de la OIT y del Ministerio de Trabajo de Brasil, “la situación de miseria del obrero es lo que le lleva espontáneamente a aceptar las condiciones de trabajo ofrecidas”⁴⁷⁵, toda vez que “cuanto peores las condiciones de vida, más dispuestos estarán los trabajadores a enfrentar riesgos del trabajo lejos de casa. La pobreza, en ese sentido, es el principal factor de la esclavitud contemporánea en Brasil, por aumentar la vulnerabilidad de significativa parte de la población, haciéndoles presa fácil de los reclutadores para trabajo esclavo”.

25 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos**

eficácia diagonal. Tal eficácia consiste na produção de efeitos dos direitos fundamentais também dentro de relações assimétricas entre particulares, o que se verifica nas relações de trabalho, dada a hipossuficiência do trabalhador em face do empregador.

Assim é que os trabalhadores não se despem da dignidade que é inerente a condição de ser humano pelo fato de celebrar um contrato de trabalho, devendo ser protegidos do trabalho exercido em condições análogas às de escravo.

2.1 Medidas preventivas e repressivas

Como forma de prevenir e também de reprimir a ocorrência de trabalho em condições análogas às de escravo, inúmeras medidas têm sido tomadas no Brasil, merecendo destaque a divulgação da Lista Suja do Trabalho Escravo do extinto Ministério do Trabalho (Portaria Interministerial nº 2/2011), que foi suspensa pelo STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 489, em 24/10/2017.

Com fundamento nos artigos 10, 11 e 12 da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2012) e no artigo 5º da CRFB/1988, a lista voltou a ser publicada. Em janeiro de 2019, a lista publicada contém o nome de 187 empregadores²⁶. O objetivo é coibir, desestimular a prática do crime.

No âmbito interno brasileiro, os Grupos

.....
fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

26 AGÊNCIA BRASIL. **Atualização da lista suja do trabalho escravo tem 187 empregadores**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-04/atualizacao-da-lista-suja-do-trabalho-escravo-tem-187-empregadores>>. Acesso: 02/04/2019.

Especiais Móveis de Fiscalização – GEFM têm sido importante instrumento de repressão ao trabalho escravo contemporâneo brasileiro. Eles são formados pela participação conjunta mediante parceria de Auditores Fiscais do Trabalho, membros do Ministério Público do Trabalho, do Ministério Público Federal, da Advocacia Geral da União, das Polícias Federal e Rodoviária Federal, bem como do Poder Judiciário do Trabalho.

Tais grupos, quando realizam flagrantes, liberam os trabalhadores resgatados e autuam os empregadores, a quem são garantidos os meios de defesa.

A tentativa do então governo brasileiro de enfraquecer a fiscalização do trabalho em 2017, com a Portaria nº 1.129, de 13/10/2017, sofreu duras críticas da OIT, conforme se vê em Nota do Escritório da OIT no Brasil, de 19/10/2017²⁷.

No Brasil, os principais canais de denúncia são Disque 100, Ministério Público do Trabalho, Secretaria do Trabalho (antigo Ministério do Trabalho) e Comissão Pastoral da Terra.

A competência para julgamento do crime de redução a condição análoga à de escravo é da Justiça Federal. À Justiça do Trabalho compete o julgamento referente às condições do meio ambiente de trabalho, bem como relativas ao contrato de trabalho.

O direito brasileiro prevê ainda a concessão de seguro-desemprego para o trabalhador resgatado do trabalho escravo²⁸, a

27 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Nota do Escritório da OIT no Brasil sobre as mudanças no combate ao trabalho análogo ao de escravo.** Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_584323/lang--pt/index.htm>. Acesso em 02/04/2019.

28 BRASIL. Portal do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT. **Seguro-Desemprego Trabalhador Resgatado.** Disponível: <<http://portalfat.mte.gov.br/programas-e-acoas-2/seguro-desemprego-2/modalidades/seguro-desemprego-trabalhador-resgatado/>>. Acesso em 02/05/2019.

partir de 20/12/2002, consistindo em benefício temporário, de duração máxima de até 3 meses, a cada período aquisitivo de 12 meses, a contar da última parcela recebida, no valor de um salário mínimo. Tal benefício está previsto no art. 2º-C, da Lei 7.998/1990, fazendo-se necessário que o trabalhador tenha efetivamente sido resgatado de regime de trabalho forçado ou da condição análoga à de escravo, não esteja recebendo nenhum benefício da Previdência Social, com exceção de auxílio-acidente e pensão por morte, bem como não possua renda própria para seu sustento e de sua família.

Apesar de toda essa proteção legislativa, o Brasil ainda conta com muitos trabalhadores submetidos a condições análogas às de escravo, especialmente em se considerando a grande extensão territorial brasileiras. Ademais, a prática em questão atualmente ocorre nos mais diversos lugares, não apenas no campo, cujo acesso é difícil. Ocorre, inclusive, nas cidades, tal como na construção civil e na indústria da moda, em geral no âmbito de cadeias produtivas de terceirização, “quarteirização” e até “quinteirização”.

3 Desafios para o combate ao trabalho análogo ao de escravo nos próximos anos

Os desafios a serem enfrentados nos próximos 100 anos de existência da OIT são inúmeros, especialmente em se considerando as novas formas de trabalho que surgem e também de sua precarização.

A tendência ascendente ao autoritarismo

br/programas-e-acoas-2/seguro-desemprego-2/modalidades/seguro-desemprego-trabalhador-resgatado/>. Acesso em 02/05/2019.

no mundo em crise também é fonte de preocupação quanto à necessidade de erradicação do trabalho escravo contemporâneo num cenário de crise.

Ademais, em um mundo em que já se deu a 4ª revolução industrial (que convive com empresas que estão ainda atuando conforme meios de produção da 1ª até a 3ª revolução industrial), em que a tecnologia e inteligência artificial já se fazem presentes e transformam dia a dia radicalmente a forma de prestar o trabalho, em velocidade impensável, também o trabalho escravo contemporâneo será estruturalmente modificado, certamente acompanhando as alterações vivenciadas pela sociedade.

Considerando-se que o comportamento humano de escravizar permaneceu até os dias atuais, há grande probabilidade de que a prática escravagista também continue, porém sob outra roupagem.

Assim é que a OIT e também os Estados membros precisam estar atentos à realidade do trabalho globalizado, bem como prestado sob diversos modos, inclusive valendo-se de serviços de inteligência artificial, que se acrescem aos modos tradicionais. Do contrário não haverá proteção efetiva da dignidade do trabalhador, uma vez que uma legislação obsoleta perderá a razão de ser e não cumprirá seu *mister*.

O desestímulo à prática através da divulgação de “Listas sujas” e a certeza da punição devem ser fatores cruciais para erradicação de prática tão nefasta, fazendo-se necessária ainda a adoção de efetivas medidas fiscalizatórias, com o intuito de prevenir a ocorrência dos fatos ou inibir a sua repetição.

A previsão legal da conduta típica e a formação de jurisprudência interna e dos órgãos

internacionais acerca da responsabilidade das cadeias produtivas precisa ser prioridade para a OIT e Estados membros. Tudo isso com a finalidade de que as grandes marcas não se valham de tais cadeias como forma de deliberadamente esconder a visão de que os trabalhadores da ponta da cadeia produtiva estão sendo submetidos ao trabalho escravo contemporâneo, devendo a cegueira deliberada ser duramente combatida.

O caráter informativo-pedagógico também deve abranger os trabalhadores, as vítimas em potenciais, que necessitam de esclarecimentos acerca dos direitos trabalhistas mínimos e de quais são os órgãos que devem procurar caso sejam vítimas do crime de trabalho escravo contemporâneo. O que muitas vezes se observa é que, em razão da pobreza é comum que trabalhadores voltem a rescindir como vítimas de mencionada infração penal, sendo resgatados mais de uma vez do trabalho escravo contemporâneo.

A adoção de políticas públicas para reduzir desigualdades sociais e permitir acesso a melhores condições de trabalho também deve ser o foco da OIT e do Estados membros.

Ademais, medidas como selos sociais também podem ser fonte útil de informação para consumidores, que poderiam eleger entre consumir de empresas ambientalmente responsáveis, ao propiciar um meio de trabalho adequado a seus trabalhadores e condições dignas de trabalho, em detrimento daquelas que violam os direitos da personalidade obreira, aviltando sua condição de ser humano. Como exemplo, importante mencionar o selo do comércio justo já adotado por alguns países.

A prática nefasta do trabalho escravo contemporâneo é ainda importante ferramenta

de elevar os lucros e eliminar a concorrência através do descumprimento deliberado das normas trabalhistas, devendo ser duramente reprimida para permitir o regular e justo exercício da liberdade concorrencial, em igualdade de condições.

É preciso que haja ainda divulgação das normas, discussão, proximidade com a realidade de cada Estado membro, ações pedagógicas para instruir trabalhadores e também empreendedores. Isso propicia debates sobre o tema e aprofundamento da legislação, elaborada para o cenário atual, em que são múltiplas as formas de prestar trabalho, pensando-se os desafios que o século XXI e a 4ª revolução industrial trazem para o combate à chaga social do trabalho em condições análogas às de escravo.

Conclusões

Percebe-se que o trabalho escravo ainda não foi extirpado. Ele apenas sofreu uma alteração em sua roupagem, de modo que o trabalho escravo contemporâneo conduz ao aviltamento da condição humana, consubstanciando uma chaga social mundial e também nacional, representando grave violação de direitos humanos, ao ferir os direitos da personalidade do trabalhador, notadamente a sua dignidade.

Exatamente por isso a prática escravocrata necessita ser abolida. Nesse sentido a OIT já avançou sobremaneira, contando com normas que visam à proteção da dignidade dos trabalhadores, que não podem ser tratados como meros insumos, mercadorias.

O Brasil também tem obtido destaque no cenário mundial, sendo referência no combate

ao trabalho escravo contemporâneo, o que se dá principalmente pela transparência quanto ao tema e adoção de um conceito mais aberto, ainda que não seja, de fato, o conceito ideal.

No atual cenário de crise mundial, bem como em se considerando a tendência crescente ao autoritarismo em diversos países, dentre os quais se inclui o Brasil, a prevenção e a repressão ao trabalho em condições análogas às de escravo se mostra como medida urgente e necessária, que exige uma atuação conjunta dos setores público, privado e da sociedade civil, sob pena de haver retrocesso nessa seara e de se perpetuar tão grave violação aos direitos assegurados aos trabalhadores pelo só fato de serem humanos.

É preciso que sejam repensadas as atuais medidas de prevenção e repressão ao trabalho escravo contemporâneo, notadamente se considerando o advento da 4ª revolução industrial, em que diversas profissões estão desaparecendo, outras surgindo, e em que se percebe que a inteligência artificial e a tecnologia estão reescrevendo inúmeras regras, à luz do que tem sido alvo de inovação.

Ocorre que não basta haver legislação e sua constante atualização. Faz-se imperioso que medidas sejam concretizadas com o fim de atacar tal prática.

Assim é que o combate ao trabalho em condições análogas às de escravo exige atuação efetiva urgente, sendo importante ferramenta de seleção das empresas que cumprem as normas trabalhistas e que propiciam também a lealdade de concorrência.

Faz-se necessário que se repensem medidas de educação formal, uma vez que é nas funções que exigem menos qualificação em que comumente se encontra a maior quantidade

de vítimas, o que aumentaria a qualificação profissional e a probabilidade de redução da reincidência quanto às vítimas.

É preciso que haja, ainda, adoção de medidas de redução da miséria e das desigualdades sociais, educação quanto aos direitos trabalhistas (caráter pedagógico), conscientização da sociedade para banir tal prática, evitando assim que a liberdade de um trabalhador seja banalizada ao ser coisificada.

É inacreditável que mesmo no século XXI tantas atrocidades ainda aconteçam e que a coisificação do homem, reduzido a condição análoga à de escravo, ainda persista. Isso demanda urgente atuação da OIT e também dos Estados membros de não mais permitir a banalização da violação à liberdade da pessoa humana que deve ser inerente a qualquer trabalhador, prevenindo e reprimindo mencionada chaga social, garantindo-se o trabalho decente.

Referências bibliográficas

ABRAMO, Laís; MACHADO, Luiz. O combate ao trabalho forçado: um desafio global. In: NOCHI, Andrea Saint Pastous [et al] (coord.). **Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

AGÊNCIA BRASIL. **Atualização da lista suja do trabalho escravo tem 187 empregadores**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-04/atualizacao-da-lista-suja-do-trabalho-escravo-tem-187-empregadores>>. Acesso: 02/04/2019.

ARRUDA, Kátia Magalhães. A persistência da cultura escravocrata nas relações de trabalho no Brasil. In: FARIAS, James Magno Araújo [et al] (coord.). **Trabalho decente**. São Paulo: LTr,

2018. São Paulo: LTr, 2017.

AZEVEDO, José Carlos Souza. Trabalho escravo: atuação do Ministério Público do Trabalho nas regiões Sul e Sudeste do Estado do Pará. In **Direitos fundamentais do trabalho na visão de procuradores**. Org. LACERDA, João Filipe Moreira; PORTO, Lorena Vasconcelos. São Paulo: LTr, 2012.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 02/04/2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 02/04/2019.

_____. Portal do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT. **Seguro-Desemprego Trabalhador Resgatado**. Disponível: <<http://portalfat.mte.gov.br/programas-e-acoes-2/seguro-desemprego-2/modalidades/seguro-desemprego-trabalhador-resgatado/>>. Acesso em 02/05/2019.

CAMPELLO, André Barreto. **Manual jurídico da escravidão: Império do Brasil**. Jundiaí: Paco, 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório Nº 95/03**. Caso 11.289, solução amistosa, José Pereira x Brasil. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>>. Acesso em 02/04/2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas**.

Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf>. Acesso em 02/04/2019.

DRAGÃO DO MAR. **O dragão do mar na história do Ceará.** Disponível em: <<http://www.dragaodomar.org.br/institucional/dragao-do-mar-na-historia-do-ceara>>. Acesso em 10/02/2019.

FARIAS, James Magno Araújo. **Direito do trabalho: panorama no Brasil após a reforma trabalhista.** São Paulo: LTr, 2018.

HENETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. **La déclaration universelle des droits de l'homme.** Paris, França: Éditions Dalloz, 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 105 relativa a abolição do trabalho forçado.** Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--normes/documents/normativeinstrument/wcms_c105_pt.htm>. Acesso em 02/04/2019.

_____. **Convenção nº 182 sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação.** Disponível em: <https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf>. Acesso em 02/04/2019. Acesso em: 02/04/2019.

_____. **Convenção nº 29 sobre o trabalho forçado ou obrigatório.** Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c029_pt.htm>. Acesso em 02/04/2019.

_____. **Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho.** Disponível em: <<https://www.ilo.org/public/>

[english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf](https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf)>. Acesso em 02/04/2019.

_____. **História da OIT.** Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm>>. Acesso em 02/04/2019.

_____. **Nota do Escritório da OIT no Brasil sobre as mudanças no combate ao trabalho análogo ao de escravo.** Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/noticias/WCMS_584323/lang--pt/index.htm>. Acesso em 02/04/2019.

_____. **Recomendação nº 203 sobre o trabalho forçado (medidas complementares).** Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:3174688:NO>. Acesso em 02/04/2019.

_____. **Trabalho Forçado.** Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-escravo/lang--pt/index.htm>>. Acesso em 02/04/2019.

RAY, Jean-Emmanuel. **Droit du travail: droit vivant.** 25. ed. Paris, França: Wolters Kluwer, 2016.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2015.

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

VALDERDE, Antonio Martín et al. **Derecho del trabajo.** 27. ed. Madrid, Espanha: Editorial Tecnos, 2018.

CONVENÇÃO 187 DA OIT: PROMOÇÃO DA SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO NO BRASIL E A VIABILIDADE DE SUA RATIFICAÇÃO

Lorena de Mello Rezende Colnago

Roberta Ferme Sivoilella

Introdução

O alto índice de acidentabilidade tem sido um dos fatores mais preocupantes em termos de política macroeconômica em razão do afastamento de milhares de pessoas do mercado de trabalho.

Estima-se que, a cada ano, mais de 2,78 milhões de trabalhadores morram em virtude de acidentes de trabalho ou enfermidades relacionadas ao trabalho, sendo 374 milhões de lesões não mortais anuais relacionadas ao trabalho¹. Em estudo realizado pela CUT (Central Única de Trabalhadores) e o DIEESE (Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos) em 2014 verificou-se que, no ano de 2011, das 79 mortes

ocorridas no setor elétrico brasileiro, 61 foram de trabalhadores de empresas terceirizadas e, entre 2005 e 2012, 14 trabalhadores empregados da grande empresa do ramo do petróleo morreram em acidentes no exercício de suas profissões, enquanto, no mesmo período, faleceram 85 terceirizados², denotando a importância de uma maior reflexão acerca das consequências de uma política de precarização do trabalho adotada em escala mundial.

Paradoxalmente, medidas governamentais anunciam cenário de redução do arcabouço de proteção ao meio ambiente de trabalho e desestímulo ao guarneamento da saúde e segurança, em que notícias de redução de 90% de Normas Regulamentadoras de segurança

1 OIT BRASIL. Dados estatísticos. Disponível em: <<https://ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/lang--es/index.htm>>. Acesso em: mai. 2019

2 Dados constantes do estudo “Terceirização e Desenvolvimento - Uma conta que não fecha”. Disponível em <http://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf>

Lorena de Mello Rezende Colnago

Doutoranda em Processo do Trabalho pela USP. Mestre em Processo (UFES, 2008). Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário (UNIVES, 2005). Professora de Direito Processual do Trabalho em Cursos de Graduação e Pós-Graduação. Juíza do Trabalho em São Paulo.

Roberta Ferme Sivoilella

Juíza auxiliar da Vice-presidência do Tribunal Superior do Trabalho. Professora de Direito Processual do Trabalho e Direito Coletivo do Trabalho em Cursos de Graduação e Pós-Graduação.

e saúde no trabalho³ e extinção do Ministério do Trabalho⁴, como órgão centralizador de grande parte das medidas fiscalizatórias correspondentes, por exemplo, tornam-se

3 Segundo notícia veiculada em maio de 2019, disponível em <https://www.valor.com.br/politica/6251967/bolsonaro-anuncia-reducao-de-90-de-normas-de-seguranca-no-trabalho>, “o presidente Jair Bolsonaro anunciou pelas redes sociais, nesta segunda-feira, que fará uma redução de 90% nas Normas Regulamentadoras (NRs) de segurança e saúde no trabalho. Conforme um texto divulgado pelo presidente, “há custos absurdos [para as empresas] em função de uma normatização absolutamente bizantina, anacrônica e hostil” nesse segmento. No material divulgado por Bolsonaro, há frases entre aspas de declarações contra as NRs, mas que não são atribuídas a ninguém. Entre outras coisas sem autoria identificada, é dito que “existem quase 5.000 documentos infralegais, portarias, instruções normativas, decretos da década de 1940 que ainda são utilizados para nossa fiscalização, de forma arbitrária”. Mais adiante, o texto diz que “um pequeno empresário chega a ser submetido a 6,8 mil regras distintas de fiscalização”. A informação segundo a qual busca-se uma redução de 90% dessas regras aparece nesse contexto. O texto diz ainda que, segundo o secretário especial de Previdência, Rogério Marinho, “a modernização das NRS faz parte de um processo que tem a integridade fiscal como espinha dorsal, rumo à retomada do crescimento”. A partir daí, há uma defesa da reforma da Previdência, do equilíbrio fiscal e do aumento do investimento público”. Acesso em 16/05/19.

4 Poucos dias após o início do mandato presidencial em janeiro de 2019, por meio da Medida Provisória 870/2019 o governo federal extinguiu o Ministério do Trabalho, com a redistribuição das atribuições da pasta entre outros ministérios de viés não social. Nessa toada, o Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo aos Trabalhadores (Codefat), que administra o seguro desemprego e o abono salarial, entre outras atribuições, passaram ao âmbito da Secretaria Especial de Fazenda, ficando a área de qualificação profissional a cargo da Secretaria Especial de Produtividade, e a concessão de registros sindicais com o Ministério da Justiça. A medida ensejou a Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental 561, em que o Ministro Dias Toffoli, por meio de despacho publicado no DJe de 31/01/2019, negou seguimento à ação, por considerar a ilegitimidade da associação autora. O tema foi motivo de diversas notícias veiculadas à época, como em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-01/toffoli-rejeita-acao-contra-extincao-do-ministerio-do-trabalho>.

rotineiras.

Assim, intensifica-se a necessidade da análise acerca do sistema normativo que envolve a proteção à segurança e saúde no trabalho, em especial, no âmbito internacional, a Convenção 187 da OIT sobre promoção da saúde e segurança do trabalho, ainda não ratificada pelo Brasil. O presente ensaio, portanto, visa analisar a convenção internacional, bem como a viabilidade de sua ratificação com base no ordenamento pátrio contemporâneo.

Considerações iniciais sobre a Convenção 187 da OIT: conteúdo e força normativa

A Convenção 187 da OIT foi fruto do 95º encontro, em 31 de maio de 2006, sobre as diretrizes a serem adotadas pelos países quanto às normas de promoção da segurança e saúde no trabalho, como forma do programa de trabalho decente para todos e reconhecimento de que tais medidas representam estratégia global adotada pela Conferência Internacional do Trabalho em sua 91ª reunião, ocorrida em 2003, com a priorização da saúde e segurança do trabalho nos programas nacionais⁵.

Com efeito, percebe-se claramente do texto e justificativas para a elaboração da Convenção 187 que teve por escopo dar continuidade e efetividade à Convenção 155 da OIT, que foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 2, de 17/03/1992, ratificada em 18/05/1992 e promulgada em 29/09/1994

5 Segundo o preâmbulo da Convenção 187 da OIT, trata-se de reconhecer “a importância de promover de forma contínua uma cultura nacional de prevenção em matéria de segurança e saúde”. Disponível em https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312332.

por meio do Decreto nº 1.254⁶, pelo que é premissa inafastável que a Convenção 98 da OIT foi recepcionada pelo ordenamento interno brasileiro, e, portanto, a determinação de seu artigo 4º foi incorporada em nosso sistema normativo como determinação de observância obrigatória, a saber:

ARTIGO 4

1 - Qualquer membro **deverá**, à luz das condições e da prática nacionais e em consulta com as organizações de empregadores e trabalhadores mais representativas, **definir, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança, saúde dos trabalhadores e ambiente de trabalho.**

2 - Essa política terá como objectivo a **prevenção dos acidentes e dos perigos para a saúde resultantes do trabalho quer estejam relacionados com o trabalho quer ocorram durante o trabalho, reduzindo ao mínimo as causas dos riscos inerentes ao ambiente de trabalho, na medida em que isso for razoável e praticamente realizável**- g.n.

De se notar que o comando coercitivo do texto da Convenção à qual o Brasil aderiu e ratificou (“qualquer membro deverá..”) deixa clara a força normativa do preceito e a importância da efetividade das medidas a que objetivamente impõe: *colocar em prática uma política nacional de segurança e saúde dos trabalhadores*, e mais, *reduzir ao mínimo as causas dos riscos inerentes ao ambiente de trabalho*.

Os ditos comandos se coadunam com normas constitucionais já existentes (arts.6º, 7º, XXII e 225 da Constituição Federal, por

6
DOU 30/09/1994.

exemplo), e podem ser considerados, apesar de catalogados como técnicos pela OIT, de natureza afeta aos direitos humanos quanto aos princípios que os informam. Afinal, nos termos do artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a saúde é direito inerente à cidadania⁷, e o meio ambiente de trabalho saudável, em um contexto de vedação ao trabalho precário, é elemento essencial ao trabalho digno. A alínea (g) do número III da Declaração de Filadélfia, por sua vez, dispôs que a Organização Internacional do Trabalho tem a obrigação solene de fomentar, através das nações do mundo, programas para a proteção adequada da vida e da saúde dos trabalhadores em todas as ocupações,

Assim, as normas previstas na Convenção 155 da OIT, incorporadas no ordenamento jurídico interno brasileiro, tornaram-se marco do controle difuso de convencionalidade, de observância obrigatória e caráter supralegal⁸,

7
Artigo XXV-“1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

8
Ainda a fim de respaldar tal conclusão, não se pode perder de vista o célebre entendimento do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 466.343/DF, acerca do caráter supralegal dos tratados internacionais, sendo um dos fundamentos utilizados para a conclamação do resultado do julgado por unanimidade pela Corte Suprema. Eis um dos trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes no dito julgamento, *in verbis*:

“Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante “pode invocar as disposições de seu direito

sendo

*“dever dos órgãos do Poder Público (...) respeitar e promover a efetivação dos direitos **garantidos** pelas Constituições dos Estados nacionais e **assegurados** pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático **aberto** ao processo de **crecente internacionalização** dos direitos básicos da pessoa humana- grifos no original (HC 87.585/TO, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 26/06/2009).*

Ao estabelecer em seu artigo 1º “a política nacional relativa à segurança e à saúde no trabalho e ao ambiente de trabalho, definida em conformidade com os princípios do artigo 4.º da Convenção (n.º 155), de 1981, sobre a Segurança e Saúde dos Trabalhadores”; o “Sistema nacional de segurança e de saúde no trabalho” como “a infra-estrutura que constitui o quadro principal para a execução da política nacional e dos programas nacionais de segurança e de saúde no trabalho”; o “Programa nacional de segurança e de saúde no trabalho” como “qualquer programa nacional que envolva objetivos a atingir segundo um calendário

.....
interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, **também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.**

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. **Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”**.-grifei.

predeterminado, prioridades e meios de ação estabelecidos com vista a melhorar a segurança e a saúde no trabalho, bem como meios que permitam avaliar os progressos”; e a “Cultura de prevenção nacional em matéria de segurança e de saúde”, como “uma cultura em que o direito a um ambiente de trabalho seguro e saudável seja respeitado a todos os níveis, em que o governo, os empregadores e os trabalhadores colaborem ativamente para assegurar um ambiente de trabalho seguro e saudável através de um sistema de direitos, de responsabilidades e de deveres definidos e em que seja atribuída a mais elevada prioridade ao princípio da prevenção”, a Convenção 187 da OIT nada mais fez do que esmiuçar diretrizes com as quais o Brasil já havia concordado e cuja observância já havia se comprometido, quando da ratificação da Convenção 155 citada.

Assim é que a inobservância de tal convencionalidade (ou adequação das normas internas ao previsto na Convenção anteriormente ratificada pelo Brasil), seja por meio difuso ou concentrado, representa grave violação ao princípio do *pacta sunt servanda* quanto à obrigação de os Estados respeitarem o que foi acordado no tratado, expressamente previsto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ratificada em julho de 2009 e promulgada pelo Brasil por meio do Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009º,

.....
9 Conforme os artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969:

Artigo 26

Pacta sunt servanda

Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.

Artigo 27

Direito Interno e Observância de Tratados

Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

além de infringir o princípio da adequação do direito interno ao internacional¹⁰. Além do que, considerando o caráter de direito humano fundamental do direito à saúde e segurança no trabalho, *“diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”* (Voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 5.6.2009).¹¹.

10 Tal conclusão foi objeto de expressa análise pela Corte Permanente de Justiça Internacional, nos seguintes termos:“(…) A principle which is self-evident according to which a State which has contracted valid international obligations is bound to make in its legislation such modifications as may be necessary to ensure the fulfilment of the obligations undertaken”).CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. *Exchange of greek and turkish populations*: Lausanne convention VI, January 30th, 1923, article 2. Advisory opinion. Series B. n. 10, 1925.

11 Conforme destacou o Ministro Edson Fachin quando do julgamento da ADI 1.055/DF (DJe 01/08/2017), o citado posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à matéria está em consonância com o Direito Constitucional comparado, notadamente na Europa Ocidental, assim como com as diretivas da chamada Comissão de Veneza, (comissão europeia pela democracia por meio do Direito), e doutrina de autores como os professores Philip Alston e Ryan Goodman (ALSTON, Philip e GODMAN, Ryan. *International Human Rights: the successor to international human rights in context*. Oxford University Press: NY, 2012). Para alguns autores e conforme pontuado em alguns julgados, tal qualificação dos tratados internacionais de direitos humanos, mais do que supralegais, possuem natureza constitucional. Comungam de tal entendimento os professores Antônio Augusto Cançado Trindade ("Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos", vol. 1/513, item n. 13, 2ª ed., 2003, Fabris), Flávia Piovesan ("Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional", p. 51/77, 7a ed., 2006, Saraiva), Celso Lafer ("A Internacionalização dos Direitos Humanos:

Definições contidas na Convenção 187 da OIT para a promoção da saúde e segurança dos trabalhadores

Além das definições atinentes à política nacional de segurança, programa, sistema e cultura derivadas, a Convenção 187 ratifica a promoção da segurança e saúde no trabalho como dever do Estado, incentivando o direito à consulta dos órgãos de representação de empregados e empregadores. Nesse contexto, dispõe em seu artigo 3, item 3, que

“Ao desenvolver a sua política nacional, cada membro deve promover, em conformidade com as condições nacionais e em consulta às mais organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, os princípios básicos, tais como: avaliação dos riscos ou perigos do trabalho; consulta na sua origem os riscos e ou perigos do trabalho; e desenvolver uma cultura nacional de prevenção em matéria de segurança e saúde que inclua informação, consulta e formação”.

Estabelece, ainda, em seu artigo 4º o arcabouço normativo a ser adotado pelos países para fins de consecução do sistema nacional de segurança e saúde no trabalho com efetividade, por meio da adequação da legislação, normas

Constituição, Racismo e Relações internacionais", p. 16/18, 2005, Manole), Valério Mazzuoli ("Curso de Direito Internacional Público", p. 682/702, item n. 8, 2a ed. , 2007, RT), todos citados também no voto do Ministro Celso de Mello, proferido no julgamento do RE 349.703/RS, Pleno, DJe 05/09/2009. Podem ser citados, ainda, os votos proferidos no HC 87.585/TO (Julgamento pelo Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 26/06/2009), e no RHC nº 79.785-RJ (RHC nº 79.785-RJ, Pleno, por maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso)

coletivas, sistemas de inspeção e estrutura das autoridades ou órgãos responsáveis, observando a “cooperação empresarial entre os níveis de gestão, trabalhadores e seus representantes, como um elemento essencial das medidas preventivas relacionadas com o local de trabalho”¹².

Como programa nacional, instituiu no artigo 5º o objetivo de “contribuir para a proteção dos trabalhadores, eliminando os perigos e os riscos do seu trabalho (...) a fim de impedir lesões, doenças e mortes causadas pelo trabalho e promover a segurança e a saúde no local de trabalho”, trazendo previsão, ainda, de sinergia entre os programas e planos nacionais complementares que contribuam “para a realização progressiva do objetivo de um ambiente de trabalho seguro e saudável”.

Verifica-se, portanto, que as diretrizes da Convenção 187 se coadunam em sua amplitude com o conceito não restritivo que a Convenção 155 da OIT atribuiu ao termo “saúde em relação ao trabalho” em seu artigo 3º, “e”, na

12 “Convenção 187, Artigo 4º

1. Os membros devem criar, manter e desenvolver gradualmente e rever periodicamente um sistema nacional de saúde e segurança no trabalho, em consulta com as mais representativas organizações de empregadores e trabalhadores.

2. O sistema de segurança e de saúde deve incluir, entre outras coisas:

a) a legislação, as convenções coletivas se forem o caso, e de qualquer outro instrumento relevante em matéria de segurança e saúde no trabalho;

b) uma autoridade ou órgão ou agências ou autoridades responsáveis pela segurança e saúde no trabalho, designado em conformidade com a legislação e as práticas nacionais;

c) mecanismos para garantir o cumprimento da legislação nacional, incluindo os sistemas de inspeção, e

d) disposições destinadas a promover a cooperação empresarial entre os níveis de gestão, trabalhadores e seus representantes, como um elemento essencial das medidas preventivas relacionadas com o local de trabalho.

medida em que abrange “não só a ausência de afecção ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho”, reforçando ainda mais a obrigatoriedade de observância da implementação de medidas efetivas que diminuam os riscos no ambiente de trabalho em sua aceção mais larga. De se notar, aliás, que o artigo 3º, “d” da Convenção 155 da OIT¹³ também pode ser interpretado como respaldo à forma normativa de todo o regramento utilizado pelos Estados membros para construir a política nacional de saúde e segurança no trabalho, salientando, mais uma vez, que tais disposições foram objeto de ratificação pelo Brasil.

Todo o raciocínio utilizado pela Convenção 187 em seus conceitos, a concretizar o normativo incorporado no ordenamento por meio da Convenção 155 da OIT acabou por ter a sua observância reconhecida pela jurisprudência celebrizada pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos paradigmáticos, revelando a legitimação das ditas normas por meio da *aceitação social*¹⁴ do preceito revelada pela interpretação constitucional dada

13 Convenção 155, OIT, art. 3º, d) o termo “regulamentos” abrange todas as disposições às quais a autoridade ou as autoridades competentes tiverem dado força de lei;

14 Sobre o tema, vide SIVOLELLA, Roberta Ferme, A JUSTIÇA DO TRABALHO DA ATUALIDADE E SEUS DESAFIOS “DESIGUAIS” In: “NOVOS RUMOS DO DIREITO DO TRABALHO NA ATUALIDADE”. Coord. Douglas Alencar Rodrigues, Maurício de Figueiredo Correa da Veiga, Matheus de Figueiredo Correa da Veiga. Ltr: Rio de Janeiro, 2018; SIVOLELLA, Roberta Ferme, *As convenções processuais e a vulnerabilidade no processo do trabalho: uma questão de princípio e diálogo das fontes*. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende e CLAUS, Ben-Hur. “A Teoria do Diálogo das Fontes no Processo do Trabalho”, Ltr: São Paulo, 2017; e SIVOLELLA, Roberta Ferme, *A DISPENSA COLETIVA E O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO AO EMPREGO*. Rio de Janeiro: Ltr, 2014.

pela Corte Suprema. Um forte exemplo é o julgamento dos processos referentes ao uso do amianto, em que o STF não só reconheceu expressamente a força normativa obrigacional dos tratados internacionais em matéria de saúde e segurança¹⁵, inclusive como *meio de se aferir a constitucionalidade de determinado preceito legal em sede de controle abstrato de constitucionalidade*, como reconheceu como **dever estatal** a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio **de normas de saúde, higiene e segurança** (art. 7º, inciso XXII, CF/88), e à proteção do meio ambiente (art. 225, CF/88)¹⁶.

Observou-se, em verdade, o que a doutrina acerca da matéria já consagrara, no sentido de que

“O meio ambiente do trabalho está inserido no meio ambiente geral (art.

15 “A Convenção nº 162 da Organização Internacional do Trabalho, de junho de 1986, prevê, dentre seus princípios gerais, a necessidade de revisão da legislação nacional sempre que o desenvolvimento técnico e o progresso no conhecimento científico o requeiram (art. 3º, § 2). A convenção também determina a substituição do amianto por material menos danoso, ou mesmo seu efetivo banimento, sempre que isso se revelar necessário e for tecnicamente viável (art. 10). Portanto, o Brasil assumiu o compromisso internacional de revisar sua legislação e de substituir, quando tecnicamente viável, a utilização do amianto crisotila”. (ADI 3356, Relator(a): Min. EROS GRAU, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019)

16 Utilizando idênticos fundamentos para o caso do amianto, ADI 3357, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019; ADI 3937, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019; ADI 4066, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018.

200, VIII, da Constituição da República), de modo que é impossível alcançar qualidade de vida, sem ter qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável ignorando o meio ambiente do trabalho. Dentro desse espírito, a Constituição de 1988 estabeleceu expressamente que a ordem econômica deve observar o princípio de defesa do meio ambiente (art. 170, inciso VI)¹⁷.

A simbiose entre os direitos sociais do trabalho (aqui ressaltado o direito ao meio ambiente de trabalho saudável e seguro) e a ordem econômica é, de fato, indiscutível, muito embora sua relação nunca possa exacerbar o elemento financeiro em detrimento dos primeiros, como comumente tem se visto no cenário atual. Contudo, mesmo em situações em que isto pôde ser observado, ainda se pode perceber a inafastabilidade dos direitos fundamentais do trabalho, como cláusulas pétreas constitucionais irrenunciáveis, como se viu, por exemplo, no julgamento que concluiu pela licitude da terceirização de atividade-fim (substancialmente economicista em seus fundamentos)¹⁸, e da análise dos direitos afetos

17 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 6 ed. Editora: LTr., 2011, p. 79.

18 Trata-se o julgamento da ADPF 324 e do Tema de repercussão geral 725, ocorridos em conjunto, em cuja sessão televisada ao vivo pôde ser vista a afirmação de que “direitos básicos não podem ser afastados - piso salarial, segurança no trabalho, férias, fundo de garantia. Tudo isso são direitos fundamentais assegurados e não estão em discussão aqui”- Ministro Luis Roberto Barroso, 30/08/18. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/08/30/maioria-do-stf-vota-a-favor-de-autorizar-terceirizacao-da-atividades-fim.ghtml>

à estabilidade da gestante e da proibição do seu trabalho em ambiente insalubre¹⁹.

19 Trata-se da ADI 5938, em que o Min. Relator Alexandre de Moraes, por meio de decisão liminar que suspendeu os efeitos do art. 394- A da CLT, ressaltou que “a proteção a maternidade e a integral proteção à criança” constituem direitos irrenunciáveis, não podendo, portanto, “ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em juntar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido”. O entendimento se mostra no mesmo sentido do tema de repercussão geral número 497, em que reconhecido o requisito biológico da gravidez pré-existente à dispensa arbitrária como única condição para a aquisição da estabilidade provisória (“A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa”), e cujos fundamentos bem ilustram o caráter irrenunciável dos direitos fundamentais do trabalho, in verbis:

Ementa: DIREITO À MATERNIDADE. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA DISPENSA ARBITRÁRIA DA GESTANTE. EXIGÊNCIA UNICAMENTE DA PRESENÇA DO REQUISITO BIOLÓGICO. GRAVIDEZ PREEXISTENTE À DISPENSA ARBITRÁRIA. MELHORIA DAS CONDIÇÕES DE VIDA AOS HIPOSSUFICIENTES, VISANDO À CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE SOCIAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, se caracterizando como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. 2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e, nos termos do inciso I do artigo 7º, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante. 3. A proteção constitucional somente exige a presença do requisito biológico: gravidez preexistente a dispensa arbitrária, independentemente de prévio conhecimento ou comprovação. 4. A proteção contra dispensa arbitrária da gestante caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais – licença maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável –; quanto da criança, permitindo a efetiva e integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura – econômica e psicologicamente, em face da garantia de

Por fim, deve ser pontuado que o mercado econômico muitas vezes não atenta para o fato que, além do que premente questão social, a necessidade de prevenção dos riscos de acidentes de trabalho e mazelas ocupacionais também representa impacto financeiro positivo para os empregadores e para o próprio Estado, na medida em que evita a queda da produtividade causada pelo absenteísmo advindo do afastamento do empregado, bem como evita os impactos na seguridade social²⁰.

Embora a Convenção n.º 187 da OIT ainda não tenha sido ratificada pelo Brasil²¹, não há obstáculos no ordenamento pátrio à sua ratificação. A prevenção apenas precisa ser implementada com maior efetividade no âmbito da fiscalização do trabalho.

No Tribunal Superior do Trabalho, e já no âmbito do Poder Judiciário há o programa

estabilidade no emprego –, consagrada com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade (empregador). 5. Recurso Extraordinário a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa. (RE 629053, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-040 DIVULG 26-02-2019 PUBLIC 27-02-2019)

20 Conforme dados da Organização Internacional do Trabalho, “Cada día mueren personas a causa de accidentes laborales o enfermedades relacionadas con el trabajo – más de 2,78 millones de muertes por año. Además, anualmente ocurren unos 374 millones de lesiones relacionadas con el trabajo no mortales, que resultan en más de 4 días de absentismo laboral. El coste de esta adversidad diaria es enorme y la carga económica de las malas prácticas de seguridad y salud se estima en un 3,94 por ciento del Producto Interior Bruto global de cada año”. Disponível em <https://ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/lang--es/index.htm>

21 OIT BRASIL. Convenções não ratificadas. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_242947/lang--pt/index.htm>. Acesso em: mai 2019.

do trabalho seguro, que funciona com um planejamento estratégico do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Esse programa foi institucionalizado pela Resolução nº 96 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, aprovada em sessão realizada em 24 março de 2012, estabelecendo sete diretrizes fundamentais.

A primeira delas diz respeito às políticas públicas, tendo por finalidade contribuir para a implementação delas na defesa do meio ambiente, da segurança e da saúde no trabalho e de assistência social as vítimas de acidentes de trabalho, mas também de promover um diálogo social e institucional por meio de parcerias. Outro foco é a educação e capacitação profissional em todos os níveis de ensino; o compartilhamento de dados sobre saúde e segurança no trabalho prioritariamente por meio eletrônico; a realização de estudos e pesquisas do atual cenário brasileiro para auxiliar o estudo das causas e consequências dos acidentes de trabalho e temas conexos, voltando-se à maior prevenção; além da adoção de ações e medidas necessárias ao efetivo cumprimento das normas internas e internacionais ratificadas pelo Brasil sobre saúde, segurança e meio ambiente de trabalho, assim como ao aperfeiçoamento da legislação vigente. O último objetivo ou diretriz refere-se especificamente à eficiência jurisdicional, com incentivo à tramitação prioritária dos processos relativos a acidentes de trabalho e ao ajuizamento de ações regressivas nas hipóteses de culpa ou dolo do empregador.²²

22 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Regulamentação do trabalho seguro. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/regulamentacao1>>. Acesso em Mai. 2019.

O Comitê Gestor Nacional e os Gestores Regionais do Programa Trabalho Seguro estabeleceram, para o Biênio 2014-2015, metas a serem desenvolvidas pelos Comitês Gestores Regionais, instituídos pelos Tribunais Regionais do Trabalho. Dentre as metas estão a necessidade de desenvolver e implementar plano de comunicação que dê maior visibilidade aos objetivos do Programa Trabalho Seguro, para fins de conscientização de trabalhadores, empregadores e sociedade em geral quanto à necessidade de prevenção de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais (meta 1); promoção de ações educativas continuadas voltadas ao mesmo público sobre o tema da saúde e segurança no trabalho em todos os níveis de ensino, preferencialmente com uso de material pedagógico desenvolvido pelo Programa do Trabalho Seguro (meta 2).²³

As grandes metas têm uma função pedagógica, educativo e preventiva, pois visam a divulgação da importância da prevenção em meios de comunicação de massa (meta 3), realização de eventos multidisciplinares com enfoque no trabalho rural pelo ano de 2014 (meta 4), desenvolvimento de banco de dados sobre boas práticas na gestão de processos sobre doenças ocupacionais e acidentes de trabalho (meta 5)²⁴, melhor subsidiando o trabalho dos juízes não só nas ações repressivas, aquelas que versam sobre acidentes e doenças já ocorridos, mas também nas ações ajuizadas

23 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Planejamento estratégico do trabalho seguro*. Disponível em : <<http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/planejamento-estrategico>>. Acesso em: mai. 2019.

24 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Planejamento estratégico do trabalho seguro*. Disponível em : <<http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/planejamento-estrategico>>. Acesso em: mai. 2019.

de modo preventivo por sindicatos e Ministério Público do Trabalho.

Houve ainda a realização pelos 24 Tribunais Regionais do Trabalho desde a instituição da meta 6 daquele biênio a semana de prevenção de acidentes, como forma de conscientização da comunidade jurídica e social quanto a tutela preventiva e o maior debate sobre os tipos de sinistro e moléstias que acometeram os trabalhadores nos últimos anos e como preveni-los.

No biênio seguinte 2015-2017, o Comitê do Trabalho Seguro alterou as metas do biênio para que o enfoque ocorresse nos transtornos mentais relacionados ao trabalho (meta 1), houve a manutenção das metas educativas dentro e fora do âmbito dos Tribunais (meta 2 e 3), mas também a ideia de aprofundamento institucional com os parceiros locais do Programa do Trabalho Seguro para a realização de eventos conjuntos (meta 4) e a criação de um cadastro de profissionais para a realização de perícias (meta 5).²⁵

Com o advento do novo Código de Processo Civil de 2015, que inseriu o art. 6º sobre a cooperação como princípio reitor do processo, alterando o paradigma do sistema inquisitório, para inserir uma maior participação das partes, por meio do contraditório, mas também possibilitando cooperações diretas entre órgãos, há a possibilidade de uma união entre os ramos do Poder Judiciário que tratam do tema sob seus diferentes aspectos – ações previdenciárias e trabalhistas -, mas também com o auxílio direto da Previdência Social

25 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Planejamento estratégico do trabalho seguro*. Disponível em : <<http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/planejamento-estrategico>>. Acesso em: mai. 2019.

Brasileira, a fim de que com uma única perícia haja a solução dos conflitos entre empresa, empregados e governo.

Há atualmente uma excelente prática que vem sendo desenvolvida no Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, 3ª Região, idealizada pelo magistrado e professor Antônio de Vasconcelos a fim de criar um convenio cooperativo entre o INSS, Justiça Federal e Justiça do Trabalho otimizando o tempo das ações e uniformizando os entendimentos administrativo e judiciais acerca não só da culpabilidade quanto aos acidentes e moléstias, mas também do grau de incapacidade do trabalhador, a partir de uma perícia técnica única, a ser utilizada nos três órgãos que tratam de modo repressivo do assunto.²⁶

O convenio do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais foi assinado em 2017, conforme noticiado no próprio site do tribunal, criando um Grupo Permanente e Interinstitucional de Trabalho (GPI) com o objetivo de promover o estudo e a pesquisa científica, além de uma Câmara Interinstitucional de Cooperação de Resolução de Pendências Previdenciário-Trabalhistas para esclarecer questões como o limbo previdenciário do trabalhador e o reconhecimento pelo INSS de sentenças declaratórias de vínculo empregatício da Justiça do Trabalho.²⁷ O chamado limbo

26 Cf. VASCONCELOS, Antonio Gomes; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; XAVIER, Silvia Maria Maia. – A eficácia da decisão trabalhista de reconhecimento de vínculo de emprego no direito previdenciário à luz da teoria do diálogo das fontes. COLNAGO, Lorena de Mello Rezende e CLAUS, Ben-Hur. “A Teoria do Diálogo das Fontes no Processo do Trabalho”, Ltr: São Paulo , 2017.

27 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Presidente do TRT-MG assina Termo de Cooperação Interinstitucional Previdenciário-Trabalhista. Publicado em 28/11/2017. Disponível em < <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/>

significa o período em que o trabalhador nem recebe o benefício previdenciário por ser considerado apto ao trabalho e nem recebe os salários porque o médico da empresa o considera inapto ao trabalho, ficando por meses ou anos sem qualquer subsídio para se manter, em momento em que a sua saúde encontra-se mais fragilizada.

A ideia é criar um espaço de diálogo e integrar as ações das instituições signatárias, de modo a conferir-lhes mais eficácia, eficiência, efetividade, maior agilidade, racionalidade e economicidade para o sistema de proteção trabalhista e previdenciário

Outra prática que merece ser desenvolvida pelos Tribunais é a utilização das estatísticas processuais extraíndo os números decorrentes das sentenças procedentes transitadas em julgado sobre os acidentes e moléstias do trabalho para que se oficiem os atores sociais responsáveis pela prevenção no trabalho: o Estado e sua auditoria fiscal do trabalho; o Ministério Público do Trabalho, os sindicatos profissionais e patronais, mas também as empresas que aparecerem ou órgãos públicos entre os índices encontrados, para, por meio desses números decorrentes da atuação repressiva do Poder Judiciário criar um ambiente cooperativo focado na eliminação do agente agressor à saúde dos trabalhadores e dos fatores que levaram à ocorrência dos acidentes, ou mesmo de moléstias mentais.

A prática tem a finalidade de reduzir o número de incapacitados e mortes no trabalho, o que também reduziria o número de

benefícios previdenciários decorrentes desses motivos, bem como o passivo trabalhista das empresas, chegando ao principal objetivo que é a redução paulatina até a eliminação da perda de vidas e das incapacitações dos brasileiros que compõem a força ativa do país.

Como se pode observar, não há óbice no ordenamento pátrio para que a Convenção n.º 187 da OIT seja ratificada, uma vez que o país, ainda que no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista já realiza a política de prevenção prevista na norma internacional.

Considerações finais

A Convenção n.º 187 da OIT é uma norma internacional de extrema importância no fomento da política de prevenção dos riscos quanto aos acidentes e doenças decorrentes do trabalho, que atua em complementação à Convenção n.º 155 da OIT, no sentido de fixar políticas internacionais a serem internalizadas quanto à saúde, segurança e medicina do trabalho.

Embora o Brasil esteja passando por uma grave crise econômica e social, com a extinção do Ministério do Trabalho e Emprego, principal órgão de prevenção em matéria de trabalho, pelo Poder Executivo, diferentemente dessa prática, o Poder Judiciário Trabalhista criou desde 2012 o Programa do Trabalho Seguro com políticas de fomento à prevenção e educação para a saúde do trabalhador em todos os seus aspectos, com uma iteração com a sociedade e outras instituições em verdadeira cooperação, em com escopos convergentes com a Convenção n.º 187 da OIT, como se pode perceber.

A jurisprudência dos tribunais pátrios

.....
 noticias-institucionais/noticias-2017/novembro/
 presidente-do-trt-mg-assina-termo-de-cooperacao-
 interinstitucional-previdenciario-trabalhista>. Acesso
 em: mai 2019.

também caminha no sentido de concretizar a interpretação de que o meio ambiente do trabalho encontra-se dentro da proteção do meio ambiente geral (art. 225 da CF), mas também como direito fundamental social (art. 7º, inciso XXII, da CF), abrangendo a proteção da Seguridade Social (art. 200, inciso VIII, da CF), sendo ainda uma finalidade da ordem econômica (art. 170, VI, da CF), incluindo a Corte Constitucional, como se pode observar nas fundamentações apresentadas ao longo do texto.

Por fim, ressalta-se a importância da celebração do convenio entre a Justiça do Trabalho e a Previdência Social, como iniciativa do Tribunal do Trabalho de Minas Gerais, que pode ser expandido para todos os tribunais regionais brasileiros na tentativa de encerrar o problema dos empregados que são considerados aptos ao trabalho pelo INSS e inaptos pelas empresas, ficando por um período sem benefícios previdenciários e sem salários. Observando que essa aproximação pode frutificar outras iniciativas de prevenção por meio dos dados decorrentes da atuação repressiva dos tribunais trabalhistas, tudo em pró da saúde do trabalhador, fundamento primordial das convenções 155 e 187 da OIT.

Muitas outras iniciativas podem ser realizadas, mormente com a ajuda e o empenho de outros órgãos brasileiros, mas especialmente pela sociedade civil e pelos sindicatos, que ainda possuem uma tímida atuação na matéria, enfoque repisado muitas vezes pela convenção n. 187 da OIT, mormente ante o sistema tripartite escolhido para o fim de subsidiar as decisões da organização internacional. Essa é uma excelente oportunidade para o fortalecimento dos sindicatos brasileiros e sua

continua necessidade de maior aproximação do trabalhador e do chamado “chão de fábrica”, expressão utilizada para designar o estabelecimento das empresas em que se ativam os trabalhadores.

Referências

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Planejamento estratégico do trabalho seguro*. Disponível em : <<http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/planejamento-estrategico>>. Acesso em: mai. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Presidente do TRT-MG assina Termo de Cooperação Interinstitucional Previdenciário-Trabalhista. Publicado em 28/11/2017. Disponível em < <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-institucionais/noticias-2017/novembro/presidente-do-trt-mg-assina-termo-de-cooperacao-interinstitucional-previdenciario-trabalhista>>. Acesso em: mai 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Regulamentação do trabalho seguro. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/regulamentacao1>>. Acesso em Mai. 2019.

BRASIL. *Previdência social*. Disponível em: <http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/1_121023-162858-947.pdf> 23 dez 2012.>. Acesso em: jan. 2019.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. Princípios Norteadores de um Novo Padrão Normativo. In: Revista Magister de Direito do Trabalho, n.º 47 - Mar-Abr/2012.

OIT BRASIL. Dados estatísticos. Disponível em: <<https://ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/lang--es/index.htm>>. Acesso

em: mai. 2019.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 6 ed. Editora: LTr, 2011.

SIVOLELLA, Roberta Ferme, A JUSTIÇA DO TRABALHO DA ATUALIDADE E SEUS DESAFIOS “DESIGUAIS” In: “NOVOS RUMOS DO DIREITO DO TRABALHO NA ATUALIDADE”. Coord. Douglas Alencar Rodrigues, Maurício de Figueiredo Correa da Veiga, Matheus de Figueiredo Correa da Veiga. Ltr: Rio de Janeiro, 2018.

SIVOLELLA, Roberta Ferme, *As convenções processuais e a vulnerabilidade no processo do trabalho: uma questão de princípio e diálogo das fontes*. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende e CLAUS, Ben-Hur. “A Teoria do Diálogo das Fontes no Processo do Trabalho”, Ltr: São Paulo, 2017.

SIVOLELLA, Roberta Ferme, A DISPENSA COLETIVA E O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO AO EMPREGO. Rio de Janeiro: Ltr, 2014.

VASCONCELOS, Antonio Gomes; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; XAVIER, Sílvia Maria Maia. – A eficácia da decisão trabalhista de reconhecimento de vínculo de emprego no direito previdenciário à luz da teoria do diálogo das fontes. COLNAGO, Lorena de Mello Rezende e CLAUS, Ben-Hur. “A Teoria do Diálogo das Fontes no Processo do Trabalho”, Ltr: São Paulo, 2017

CONVENÇÃO N. 158 DA OIT: UM MODELO ÉTICO NA CONDUÇÃO DAS DISPENSAS ARBITRÁRIAS E NA ANÁLISE DOS DANOS MORAIS DECORRENTES

Rosemary de Oliveira Pires

“Art. 4. Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.” (Convenção n. 158 da OIT)

Resumo: Partindo do atual cenário do trabalho no Brasil e dos desafios que se impõem para a retomada da empregabilidade e do incremento tuitivo, o estudo resgata a não encerrada polêmica que envolve a trajetória legislativa da aprovação e denúncia da Convenção n. 158 da OIT no país e os principais debates sobre sua eficácia no direito interno, sintetizando o estado atual da doutrina e da jurisprudência. As inovações trazidas pela Lei n. 13.467, de 2017 (Reforma Trabalhista), com a regulação de formas de contratação atípicas e a flexibilização das regras para as dispensas individuais e coletivas (plúrimas e em massa), fazem com

que o sistema de freio da Convenção n. 158 da OIT reassuma sua importância na verificação de qual é a devida tutela laboral no caso de dispensas arbitrárias, bem como a reflexão sobre a possibilidade de se chegar a um resultado ético semelhante ao nela previsto com a eventual aplicação do instituto da indenização por dano moral. A adoção dessa medida compensatória pode, em tal contexto, prestar-se a atender os lícitos interesses de ambos os sujeitos da relação empregatícia, garantindo, de um lado, a proteção do emprego em seu valor individual e social, e de outro, o exercício regular da potestade empresarial, distinguindo-a de uma mera prática abusiva social e anticoncorrencial.

PALAVRAS-CHAVES: CONVENÇÃO N. 158 DA OIT. APROVAÇÃO E DENÚNCIA. REFORMA TRABALHISTA. DISPENSAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS. DUMPING SOCIAL.



Rosemary de Oliveira Pires

Mestre e Doutora pela UFMG. Especialista em Direito do Trabalho e Processo pela PUC. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade La Sapienza-Roma. Professora do Programa de Pós Graduação da Faculdade Milton Campos. Desembargadora do TRT da Terceira Região.

Sumário: 1. Introdução. Panorama da situação laboral no Brasil. 2. A Reforma Trabalhista: novas formas de contratação e flexibilização das dispensas a invocar a tutela da Convenção n. 158 da OIT. 3. A aprovação da Convenção n. 158 da OIT e sua controvertida denúncia: o debate doutrinário e jurisprudencial que não termina. 4. O sistema de indenização por danos morais individuais ou coletivos em caso de dispensas manifestamente abusivas. 5. Conclusões. BIBLIOGRAFIA.

1. Introdução. Panorama da situação laboral no Brasil.

Estudos recentes realizados pela OIT¹, preparatórios da comemoração de seu centenário em 2019, destacaram, em relação ao Brasil, os fortes impactos no mundo do trabalho causados pela crise econômica global, que se arrasta desde 2007, bem como pelos processos de redução e precarização de postos de trabalho relacionados à globalização competitiva, ao desenvolvimento tecnológico (tecnologias de informação, automação e robotização) e à manufatura avançada.

No que pertine ao mencionado desenvolvimento tecnológico, a OIT informa que uma análise elaborada pela consultoria McKinsey estimou uma perda de até 50% dos postos de trabalho no Brasil em função do crescente uso de processos automatizados, tecnologia de informação e inteligência artificial,

1 Futuro do Trabalho no Brasil: perspectivas e diálogos tripartites (<http://www.ilo.org>), 2018, p. 9-10 e 13. “Essa publicação reúne a síntese de quatro Diálogos Nacionais Tripartites, realizados no Brasil no percorrer dos anos 2016 e 2017, no marco da iniciativa sobre o Futuro do Trabalho, preparatório à comemoração do centenário da Organização Internacional do Trabalho em 2019.”

capazes de progressivamente substituir trabalhos rotinizados, inclusive os exercidos por trabalhadores altamente especializados.

Foi apontada, no plano normativo negocial trabalhista, a ampliada flexibilização da contratação, traduzida pela inserção de formas atípicas de trabalho, como o teletrabalho, o trabalho intermitente, a subcontratação e as formas de subordinação indireta, além dos processos de “pejotização” (que substituem o vínculo de emprego formal por relações entre empresas e agentes econômicos autônomos, estes na condição de pessoas jurídicas prestadoras de serviços).

A esse quadro de desgaste tuitivo formal, o estudo do organismo internacional apurou que se agregam as formas inaceitáveis e ainda existentes de trabalho escravo e de trabalho infantil, bem como as inequívocas desigualdades educacionais (o ensino médio, técnico e superior não atingem a demanda de grande parte da população; em relação ao ensino superior, apurou-se que atualmente uma percentagem de apenas 17% de brasileiros o completaram), as de gênero e raça (mulheres, negros e pardos têm salários inferiores e menores oportunidades), além de idade (jovens apresentam maior taxa de desemprego do que adultos) e as decorrentes de local de moradia (trazendo dificuldades para a mobilidade ao trabalho e, portanto, desestimulando a contratação).

Ainda segundo essa refinada e profunda análise, as altas taxas de desemprego e subemprego, com a persistência da economia informal no Brasil, configuram desafios também para a representação dos trabalhadores, em nítida dificuldade de promoção da negociação coletiva, o que, no nosso pensar, impacta não

apenas a solução extrajudicial dos conflitos, como inevitavelmente retarda o avanço de conquistas sociais consistentes e autônomas pelas partes envolvidas, dificultando seu desatrelamento da tutela heterônoma estatal mínima.

Em termos numéricos e percentuais, o tamanho do problema se apresenta da seguinte forma: no ano de 2017, a taxa média de desocupação registrada foi de 12,7%, a maior da série histórica do IBGE, que começou em 2012, com o desemprego alcançando, em média, 13,23 milhões de pessoas da força de trabalho, sendo o número mais elevado desde 2012.²

Já quanto ao índice de trabalhadores no mercado informal, os quais se encontram totalmente desprotegidos, os números são igualmente preocupantes. Dados do IPEA referentes ao último trimestre de 2016 indicam que 45% da força de trabalho ativa, estimada em 90 milhões, estaria na informalidade, no aguardo de que as novas modalidades de contratação previstas no chamado processo de modernização possam estimular e propiciar a criação de novos postos de trabalho formal, levando a proteção social a um número maior

2 "A desocupação no Brasil tem suas mazelas conhecidas: é maior entre as mulheres, entre os pretos e pardos e, sobretudo entre os jovens. Entretanto, com o advento da crise econômica, além desse grupo conhecido, atingiu também, de forma expressiva, a população em idade adulta. A qualidade do emprego também foi afetada com a crise econômica. O Brasil perdeu em três anos, no setor privado, mais de três milhões de empregos com carteira de trabalho assinada, colaborando para que informalidade nesse período avançasse de forma significativa, revertendo a lógica anterior de diminuição contínua dos déficits de Trabalho Decente na área da proteção social laboral." Futuro do Trabalho no Brasil: perspectivas e diálogos tripartites (<http://www.ilo.org>), p. 94.

de trabalhadores.³

Em meio a esse quadro dramático do ponto de vista social, depara-se, no aspecto eminentemente econômico, com a diminuição da participação das atividades da indústria da transformação (em torno de 10% do PIB), sinalizando a necessária revitalização da indústria nacional.

Na busca de informações atualizadas, a partir do advento da Reforma Trabalhista, apuramos, no site do IPEA, em nota emitida em 20 de março de 2019, que "o atual cenário de lenta desaceleração da taxa de desemprego e leve expansão da ocupação e dos rendimentos mostra-se compatível com a trajetória de recuperação moderada da economia brasileira. Após iniciar o ano de 2018 com claros sinais de dinamismo, crescendo a 2,0% em termos interanuais, o crescimento da população ocupada desacelerou-se, de modo que, no trimestre móvel, encerrado em janeiro deste ano, o crescimento observado foi de 0,9%. Na desagregação por idade, o comportamento da ocupação foi ainda pior no segmento dos mais jovens (18 a 24 anos), com retração de

3 Ney Artur Gonçalves Canani (Chefe da Assessoria Internacional do Gabinete do Ministro do Trabalho, Ministério do Trabalho) afirma: "O futuro do trabalho exige modelos de contratação flexíveis o suficiente para se ajustarem às mudanças na realidade do mercado. O aumento crescente do teletrabalho, por exemplo, que pode trazer inúmeros benefícios para o trabalhador, não deve cobrar um preço em termos de formalização e proteção social. O trabalho intermitente, aquele que oscila muito em função da natureza de certas atividades, tampouco deve se dar à margem do mercado formal. Formas atípicas de emprego não devem ser, em suma, sinônimo de precarização. (...) As novas modalidades de contratação previstas na modernização poderão propiciar a formalização de atividades que hoje não fazem parte do mercado formal, estimulando a criação de novos postos de trabalho formal e levando a proteção social a um número maior de trabalhadores." Futuro do Trabalho no Brasil: perspectivas e diálogos tripartites (<http://www.ilo.org>), p. 13.

1,3% no período. Como consequência dessa baixa expansão da população ocupada, a taxa de desocupação dessazonalizada manteve-se praticamente estável na comparação entre janeiro de 2018 e de 2019, com queda de apenas 0,2 p.p. – de 12,2% para 12,0%.”⁴ Notícias recentes dão conta do aumento de dispensas massivas, em especial no ramo automobilístico, sem nenhuma indicação de medidas de redução desse impacto pelos empresários envolvidos.⁵

4 “Essa lenta recuperação do mercado de trabalho – traduzida na manutenção de uma taxa de desemprego alta e persistente, principalmente entre os menos escolarizados – vem gerando aumento no número de domicílios que declararam não possuir renda de trabalho e nos domicílios de renda de trabalho muito baixa. Enquanto, no quarto trimestre de 2017, em 21,5% dos domicílios pesquisados pela Pnad Contínua não havia nenhum membro desempenhando uma atividade remunerada no mercado de trabalho, no último trimestre de 2018, essa porcentagem avançou para 22,2% – antes da recessão, no final de 2013, era de 18,6%. No caso dos domicílios de renda baixa, esta parcela passou de 29,8% para 30,1%, na mesma base de comparação – era 27,5% no último trimestre de 2013.” <http://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/tag/taxa-de-desemprego/> acesso em 07/04/2019.

5 “A fabricante de automóveis multinacional estadunidense Ford Motor Company anunciou nesta terça-feira (19), o encerramento de suas atividades, ao longo de 2019, na fábrica de caminhões e carros Fiesta em São Bernardos do Campo, a mais antiga em operação da montadora no Brasil. Segundo estimativas do Sindicato dos Metalúrgicos do ABC, serão 2,8 mil demissões. No total, 24 mil trabalhadores devem ser impactados, afirmou o sindicato e o Dieese (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos), já que as demais empresas do setor não terão como substituir a demanda gerada pela norte-americana Ford. (...) Para o MPT, a decisão demonstra “elevada gravidade”, “com severas consequências para os trabalhadores, familiares, fornecedores, Município e toda a comunidade afetada”. O prefeito de São Bernardo do Campo, Orlando Morando (PSDB), afirmou em nota à imprensa que a Ford poderia pelo menos “ter respeitado o Brasil e a nossa cidade”. “São 2.800 famílias diretamente e outras 2.000 indiretamente que mereciam uma chance de reagir, isso é uma covardia. Sempre apoiamos o trabalhador de verdade, sempre respeitamos aqueles que geram empregos, por que agir assim?”, disse Morando. A Ford anunciou que não planeja remanejar os funcionários para outras unidades. Uma possível transferência se daria para Taubaté, em

Muitos, pois, os desafios a serem enfrentados por uma política que se pretender inclusiva, de governança social e econômica, promovendo a orquestração das forças produtivas para o desenvolvimento amplo do país, a partir de um modelo jurídico coeso e coerente capaz de atender a todos os interesses legítimos envolvidos de forma harmônica e democrática.

2. A Reforma Trabalhista: novas formas de contratação e flexibilização das dispensas a invocar a tutela da Convenção n. 158 da OIT.

Em uma ambiência de elevado mercado informal, altas taxas de desocupação e má distribuição de renda, é evidente que, no primeiro momento, possam ser bem recebidas as novas formas de contratação introduzidas ou potencializadas pela Lei n. 13.467/2017, tomando-as como uma possível solução de inserção de trabalhadores na proteção formal. É que a tradição juslaboral destinasse, hegemonicamente, àqueles que mantêm vínculo empregatício celetista, deixando de fora muitos trabalhadores, o que justifica a ultravalorização popular daqueles que detêm uma carteira profissional (“azul”) assinada.

Com efeito, o teletrabalho (arts. 75-A a 75-E, CLT), o contrato de trabalho intermitente (art. 443, § 3º. e 452-A, CLT), o contrato de trabalho em tempo parcial (art. 58-A e §§), bem assim os modelos de prestação de

..... São Paulo, e Camaçari, na Bahia, mas estas estão com o quadro completo. Diferente da empresa também norte-americana General Motors, a Ford não tentou negociar a situação com os governos federal e estadual. A negociação poderia ocorrer em termos de subsídios fiscais.” <http://www.justificando.com/2019/02/22/mpt-alega-nulidade-em-dispensa-coletiva-dos-tres-mil-empregados-da-ford/>

serviços pela denominada terceirização (art. 4º.-A a art. 4º.-C e art. 5º.-A a 5º.-D, da Lei n. 6.019) são algumas alternativas postas à disposição dos empresários para absorver o significativo contingente de trabalhadores desempregados ou subempregados que atuam no mercado informal, ávidos em obter meios de sobrevivência minimamente digna.

O alerta repousa, entretanto, no fato de que, pelo objetivo flexibilizante do legislador reformista, tais figuras contratuais guardam uma significativa limitação protetiva aos empregados assim vinculados, seja no mencionado status tuitivo atualmente destinado aos demais empregados formais, seja no sentido da inibição da marcha expansionista de seus direitos.

No primeiro aspecto, não é destinado a tais empregados o mesmo rol de direitos trabalhistas. De forma sintética, no caso do teletrabalho, citemos a “negociação” quanto a quem cabem os custos de aquisição e manutenção dos equipamentos utilizados e infraestrutura para a execução laboral, a não aplicação das normas de jornada, a potestade exclusiva do empregador de reverter o teletrabalho para o regime presencial, além da assunção de responsabilidade do empregado em matéria de observância das regras de segurança. No contrato de trabalho intermitente, são pontos reducionistas a fixação da frequência laboral ao alvedrio exclusivo do empregador, sem qualquer garantia mínima de convocação, com parcelas salariais e recolhimento previdenciário auferidos na proporção da efetiva jornada móvel. Já no trabalho em tempo parcial, também o salário e as férias são proporcionais à jornada reduzida contratada, além da inovadora autorização legal de realização de horas extras compensáveis

ou pagas, tudo conforme o interesse exclusivo do empregador, a revelar o custo salarial minimizado e sob medida matemática exata da proporção do tempo de trabalho efetivamente prestado, de modo a desconsiderar que a sobrejornada, ainda que compensada, revela um desgaste maior do empregado. No caso dos terceirizados, há nítida pauperização do vínculo, dada sua exclusão da política de cargos, salários, segurança e representação de empregados na tomadora, aspectos ligados apenas à empregadora direta, com inequívoca diminuição da garantia de solvência de seus direitos, certo que a empregadora de tais empregados é mais débil financeiramente que a tomadora, cuja responsabilidade é de natureza meramente subsidiária em sede judicial. Vale lembrar, finalmente, que os empregados contratados sob tais submodelos expõem-se, pela natureza pulverizada de seu liame, na comparação com os demais empregados do modelo geral, à maior probabilidade de riscos físicos e mentais em seu ambiente laboral, além de serem detentores de baixa representatividade profissional (o que lhes reduz a capacidade de mobilização e de obtenção de conquistas negociadas).

Finalmente, diante das condições anteriores mencionadas e por estarem posicionados na cadeia estrutural secundária do empreendimento, esses empregados submetidos a contratos atípicos estão supostamente mais vulneráveis à perda de seus postos de emprego por denúncia unilateral de seu empregador, podendo ser mais facilmente substituídos ou “descartados”, conforme a necessidade de redução de custo e ao sabor das estratégias produtivas e concorrenciais de seus empregadores-empresários.

Aliás, nesse último aspecto, de ruptura

contratual por iniciativa do empregador, não desprezamos o fato de que também os empregados vinculados aos chamados contratos típicos sofreram significativa redução tuitiva com o advento das disposições da Lei n. 13.467/17, desburocratizando o acerto rescisório e diminuindo a garantia de plena e hígida quitação de seus haveres.

A respeito, houve a revogação do §1º. do art. 477 da CLT, que retirou o controle homologatório sindical obrigatório quando das rescisões de empregados que contavam com mais de um ano de serviço, passando a permitir o acerto quitatório direto entre as partes.

Além disso, e mais grave ainda, foram igualadas expressamente, para fins de exercício pleno da potestade do empregador, a dispensa individual e a coletiva (neste estudo envolvendo a plúrima e a massiva), desnecessitando, em quaisquer delas, de prévia concertação perante a entidade profissional, como previsto no art. 477-A, nem mesmo a apresentação de uma situação causal de índole financeira ou econômica ou proposta de diminuição do impacto social causado, perante algum órgão estatal de controle do sistema de emprego e ocupações, capaz de minimamente justificar a derradeira medida de ruptura contratual, tão nefasta ao empregado, individualmente considerado, como à sociedade, pelo desequilíbrio que pode gerar na cadeia de consumo e produção nacional.

Evidentemente que, diante desse quadro de rupturas protetivas, e ainda não alcançadas nem de perto as previsões de que a empregabilidade seria uma realidade da pós-Reforma Trabalhista mas, ao contrário, mantendo-se a tendência de desocupação laboral e redução de renda da massa assalariada,

a discussão acerca do sistema de freio às dispensas arbitrárias, previsto pela Convenção n. 158 da OIT em toda sua eticidade axiológica, se impõe.

Retoma à cena a análise da conveniência do acolhimento desse normativo internacional pelo Brasil e, por consequente, resgata-se o debate sobre a permanência de sua eficácia no direito interno, posição esta que nunca foi ignorada por relativa parte da comunidade jurídica, mesmo após a denúncia desse instrumento em 2006.

3. A Convenção n. 158 da OIT: aprovação e denúncia. O debate doutrinário e jurisprudencial que não termina.

Relembrando seus marcos legislativos, a Convenção n. 158 da OIT, que trata do Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, foi assinada em Genebra, em 22 de junho de 1982.

No Brasil, em atenção às diretrizes constitucionais, seu texto foi submetido ao Congresso Nacional para análise, ocorrendo sua ratificação em 1992, por meio do Decreto Legislativo n. 68. O instrumento de ratificação foi depositado na OIT em 04 de janeiro de 1995.

Conforme disposto no art. 16, § 3º., da Constituição da OIT, a Convenção entrou em vigor a partir do ano seguinte, ou seja, a partir de janeiro de 1996, tornando o Brasil responsável pelo seu cumprimento perante a OIT.

Entretanto, para que irradiasse direitos e obrigações no âmbito interno, era indispensável a divulgação do decreto de promulgação, a teor do art. 1º. da então Lei de Introdução ao Código Civil e essa publicação se deu em 11 de janeiro de 1996, por meio do Decreto de Promulgação

n. 1.855/1996.

Malgrado não resgatasse o antigo modelo de estabilidade decenal, extinto pela Constituição da República de 1988 que instituiu o FGTS como regime geral obrigatório, evidentemente trazia obstáculos à potestade ampla do empregador na dispensa de seus empregados como lhe aprouvesse, Não por outro motivo, sua ratificação foi objeto de grande oposição pelo empresariado nacional à época.

O óbice era fundado, na esfera formal jurídica, na incompatibilidade entre a Convenção n. 158 e o inciso I, “in fine” do art. 7º. da CR/ 1988, que dispõe sobre a dispensa arbitrária, condicionada sua vedação a uma regulamentação futura, dependente de lei complementar que nunca, entretanto, veio a ser promulgada. Sob o aspecto eminentemente empresarial, seus críticos consideravam a Convenção antiquada, não atendendo a atualidade no mundo globalizado, com as renovações contínuas decorrentes das inovações tecnológicas e dos modos de produzir. Afirmavam que seu impacto principal no mercado de trabalho seria o de inibir a geração de novos empregos, pois a dificuldade para despedir levaria os empresários a relutarem na criação de novas vagas, como se essas não decorressem da necessidade de produção, mas de uma benesse social promovida pelas empresas.

Não tardou para que a Confederação Nacional do Transporte (CNT), entidade representativa da poderosa categoria patronal dos transportadores, adotando a mencionada fundamentação, ajuizasse naquele mesmo ano de 1996 uma ação direta de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, autuada

sob a ADI n. 1.480, pugnando pela extirpação da Convenção n. 158 do ordenamento jurídico pátrio.

No julgamento dessa ação, o Plenário do Supremo Tribunal Federal examinou inicialmente a questão e, em sede liminar, declarou que a Convenção, assim como qualquer tratado internacional, não pode atuar como sucedâneo da lei complementar nem violar a garantia compensatória à dispensa do trabalhador, conforme prevê o art. 7º., I, da CF. *In verbis*:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) (...) ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O

ART. 10, I DO ADCT/88) (...) PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.”

Diante dessa decisão judicial, antes mesmo do seu desfecho derradeiro, o governo brasileiro, pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, expediu o Decreto Presidencial n. 2.100, em 20 de novembro de 1996, denunciando a Convenção n. 158, justificando-o sob os seguintes termos:

“Na verdade, a Convenção poderia, de um lado, ser invocada para justificar demissões excessivas e indiscriminadas, baseadas em motivos gerais e vagos do lado da empresa, estabelecimento ou serviço”, como indicado no Artigo 4, por outro lado, abriria a possibilidade para uma proibição ampla de dispensas o que não seria compatível com o programa atual de reformas econômicas e sociais e modernização. A Convenção foi vista como um retorno no esforço de reduzir a intervenção do Estado e estimular a negociação coletiva. (...) Essa incerteza quanto ao alcance de aplicação do disposto na Convenção geraria, no contexto do sistema legal brasileiro, baseado na lei positivada, insegurança e conflitos, sem nenhuma vantagem prática para a melhoria e modernização das relações de trabalho. Tradução da Denúncia apresentada à OIT pelo Embaixador brasileiro em Genebra, Celso Lafer, em 20/11/1996.”⁶

6 Texto extraído do Decreto n. 2.100/1996. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Anos depois, em 2001, extirpada do ordenamento jurídico interno a Convenção n. 158, a mencionada ADI

Tornara-se público, dessa feita, que a Convenção n. 158 deixaria de vigorar no Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997.

Esse Decreto denunciante, antes de eliminar a celeuma, aumentou-a ainda mais.

Gerou calorosas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, sendo abafadas no Ministério do Trabalho por ser órgão vinculado ao Poder Executivo, não sem algum mal-estar interno. O célebre professor e jurista Arnaldo Süssekind, então membro integrante da Comissão Permanente de Direito Social do Ministério do Trabalho, e por décadas atuando como representante do Brasil junto à OIT, na qualidade de perito, em protesto ao ato denunciante, renunciou ao seu mandato. Foi um ato simbólico e histórico, revelador da importância que dava à assinatura pelo Brasil da Convenção n. 158 da OIT.

De fato, a medida tomada isoladamente pelo Executivo implica em graves questionamentos quanto à sua constitucionalidade.

É que no momento da incorporação da Convenção internacional à ordem jurídica pátria, fez-se necessária a aprovação do Chefe do Poder Executivo e a regulação do processo legislativo junto ao Congresso Nacional, denotando a sua validade formal. A mesma trilha legislativa, pois, afirma-se, deveria ter sido perfilhada de modo a extirpá-la do ordenamento, se assim se pretendia.

Ensinam Nascimento e Accioly que,

.....
n. 1.480 foi finalmente julgada e, como não poderia ser diferente, foi “extinto o processo de controle abstrato de constitucionalidade, em virtude da perda superveniente de objeto”. Julgamento em 26.06.2001. DJ 08.08.2001. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf>.

uma vez incorporada ao ordenamento jurídico pátrio, a norma internacional é parte dele, assim como outra lei qualquer.⁷ Esse entendimento, inclusive, foi reverberado pelo STF em dois pronunciamentos: na já mencionada ADI n. 1.480 e na CRAgR n. 8.279, ambas esclarecendo o iter procedimental de inserção de uma norma internacional no âmbito jurídico interno nacional⁸.

Ou seja, após a incorporação, os tratados encontram-se no plano das leis infraconstitucionais, em posição inferior à Lei Fundamental. Neste aspecto, constata-se que o Brasil é adepto da teoria monista com primazia do direito interno a fim de solucionar os mais variados conflitos.⁹

A competência do Presidente da República para celebrar tratados fica sujeita a referendo do Congresso Nacional (art. 84, VIII, CF), sendo de competência exclusiva do Congresso “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, I, CR). Por isso, a denúncia levada a efeito por ato exclusivo do Presidente da República pode ser entendida como eivada de inconstitucionalidade.

Partilha desse entendimento Viana, asseverando que o Chefe do Poder Executivo, ao denunciar a Convenção n. 158, da OIT, mediante Decreto, extrapolou os limites de sua competência, constitucionalmente fixados. “Se é o Congresso quem aprova os tratados

internacionais, como pode o Presidente, por ato isolado, denunciá-los?”¹⁰

Não bastasse o argumento acerca da inexistente competência presidencial para cancelar a Convenção, e encontramos em seu texto regra segundo a qual o País Membro que a tiver ratificado poderá denunciá-la ao expirar o prazo de dez anos, contados da vigência da Convenção e se tornará efetiva a renúncia um ano após haver sido registrada (art. 17). Isso significa que, uma vez aprovada pelo Congresso Nacional, não foi observado o prazo decenal previsto na Convenção para sua denúncia.

Embuída desse espírito de cumprir a Constituição da República de 1988, foi então a vez da expressiva Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) ajuizar ação direta de inconstitucionalidade em face do Decreto n. 2.100/1996, autuada sob a ADI n. 1.625, mas que, ainda hoje, se encontra sem previsão para seu julgamento final.

Foram proferidos, em 2.10.2003, os votos dos ministros Maurício Corrêa, relator da ação e Carlos Ayres Britto, no sentido de julgar “procedente, em parte, a ação para, emprestando ao Decreto Federal n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, interpretação conforme ao art. 49, inciso I, da Constituição Federal, determinar que a denúncia da Convenção n. 158 da OIT condiciona-se ao referendo do Congresso Nacional, a partir do que produz a sua eficácia plena”. O então Ministro Joaquim Barbosa também decidiu pela procedência *in totum* da ação direta.¹¹

Em consulta recente ao sítio do STF, encontramos a última matéria a respeito desse

7 SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hidelbrando. Manual de direito internacional público, p. 68.

8 <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324396>.

9 Cf. REZEK, Francisco. Direito internacional público, p. 82.

10 VIANA, Márcio Túlio. O que há de novo em direito do trabalho, p. 128-129.

11 Disponível em: <www.stf.jus.br>.

processo, datada de 14 de setembro de 2016.

Diz a nota:

“Pedido de vista do ministro Dias Toffoli interrompeu o julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1625, na qual a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (Contag) questiona o Decreto 2.100/1996. Nele, o presidente da República deu publicidade a denúncia à Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador e veda a dispensa injustificada. A análise da questão foi retomada com a apresentação do voto-vista do ministro Teori Zavascki, que acompanhou a orientação de que é necessária a participação do Poder Legislativo na revogação de tratados e sugeriu modulação de efeitos para que a eficácia do julgamento seja prospectiva. “Esse é um caso daqueles precedentes cuja decisão do Supremo fica como marca na história do constitucionalismo brasileiro”, ressaltou. O ministro destacou que a discussão da matéria visa saber qual é o procedimento a ser adotado no âmbito do direito interno para promover a denúncia de preceitos normativos decorrentes de acordos internacionais. Em seu voto, propôs tese segundo a qual “a denúncia de tratados internacionais, pelo presidente da República, depende de autorização do Congresso Nacional”. “Todavia proponho que se outorgue eficácia apenas prospectiva a esse entendimento a fim de que sejam preservados dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade não só o decreto aqui atacado como os demais atos de denúncia isoladamente

praticados pelo presidente da República até a data da publicação da ata do julgamento da presente ação, o que conduz, no caso concreto, a um juízo de improcedência”, explicou o ministro, ao frisar que julga improcedente o pedido unicamente em razão dos efeitos da modulação. O ministro Teori Zavascki salientou a relevância que os tratados têm atualmente, principalmente os tratados sobre direitos humanos que, ao serem aprovados com procedimento especial, incorporam-se como norma de hierarquia constitucional. Embora considere indiscutível que o Poder Executivo tenha papel de destaque no âmbito das relações exteriores, na opinião do ministro “fica difícil justificar que o presidente da República possa, unilateralmente, revogar tratados dessa natureza”. Ele considerou que, apesar de dois votos terem sido proferidos pela integral procedência do pedido e outros dois votos pela procedência parcial, o núcleo desses quatro votos é convergente. “Nas minhas contas, o meu voto seria o quinto no mesmo sentido”, observou.”¹²

Com o tempo, observamos que a jurisprudência oscilou, primeiro declarando a inconstitucionalidade do Decreto denunciador da Convenção, e depois retraindo dessa posição.

Emblemática da declaração de inconstitucionalidade foi a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região:

“(...) Assim, um instrumento internacional, ratificado pelo Brasil, que traz questão

¹² <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325338>, acesso em 07.04.2019.

pertinente ao direito do trabalho, há de ser aplicado como norma constitucional, ou até mesmo, supranacional. Mesmo que os preceitos da Convenção n. 158 precisassem de regulamentação (o que não se acredita seja o caso) já se encontrariam na legislação nacional os parâmetros dessa “regulamentação”.

A Convenção n. 158, da OIT, vem, de forma plenamente compatível com nosso ordenamento jurídico, impedir que um empregador dispense seu empregado por represálias ou simplesmente para contratar outro com salário menor. No caso de real necessidade, a dispensa está assegurada. Para a dispensa coletiva impõe a fundamentação em “necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”, “por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos”. Quanto ao modo de apuração ou análise dos motivos alegados não há, igualmente, problemas de eficácia, valendo como parâmetro legal a regra e as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais já dadas ao art. 165 da CLT. A dispensa imotivada de trabalhadores, em um mundo marcado por altas taxas de desemprego, que favorece, portanto, o império da “lei da oferta e da procura”, e que impõe, certamente, a aceitação dos trabalhadores a condições de trabalho subumanas, agride a consciência ética que se deve ter para com a dignidade do trabalhador e, por isso, deve ser, eficazmente, inibida pelo ordenamento jurídico. Não é possível acomodar-se com uma situação reconhecidamente injusta, argumentando que “infelizmente” o direito não a reprime. Ora, uma sociedade somente pode se constituir com base em uma normatividade jurídica se esta fornecer instrumentos eficazes para que as injustiças não se legitimem. Do contrário, não haveria do que se orgulhar ao

*dizer que vivemos em um “Estado democrático de direito”.*¹³

Outras tantas decisões de Tribunais Regionais do Trabalho em todo o país chegaram a, igualmente, afirmar tal inconstitucionalidade.

Exemplo singular se deu, recentemente, no âmbito do TRT da 17ª. Região, em que, após publicada a Súmula n. 42, tratando da inconstitucionalidade da Convenção n. 158, foi deliberada a suspensão de eficácia, por decisão da maioria de seus membros do Tribunal Pleno, vencidos o Desembargador Carlos Henrique Bezerra Leite e a Desembargadora Ana Paula Tauceda Branco.

Enunciava a Súmula n. 42:

SÚMULA Nº 42 DO TRT DA 17ª REGIÃO* “INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 2.100/96. DENÚNCIA UNILATERAL DA CONVENÇÃO 158 DA OIT. A Convenção 158 da OIT é um tratado de direito humano social. A aprovação e ratificação de um tratado de direitos humanos é um ato complexo, necessitando da conjugação da vontade de dois Poderes (Legislativo e Executivo), em claro respeito ao princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da CR/88, bem como ao sistema de freios e contrapesos (checks and balances) consagrado na forma republicana de governo. Logo, a denúncia unilateral pelo Presidente da República (por meio de decreto) da Convenção 158 ratificada pelo Congresso Nacional é formalmente inconstitucional, por violação ao procedimento previsto no

13 Trecho do acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª. Região, nos autos do processo n. 00935.2002.088.15.00-3. Disponível em: <www.trt15.jus.br>.

art. 49, I, da CF.” Arg Inc nº 0000570-31.2016.5.17.0000: acórdão referente à Súmula nº 42 disponibilizado no Caderno Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região – Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho nº 2153 às páginas 216/221, no dia 23 de janeiro de 2017, considerando-se publicado em 24 de janeiro de 2017.

A suspensão da eficácia dessa Súmula se deu dias depois, em 30.01.2017, vazada a certidão nestes termos:

“O Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 17.ª Região, na sessão de julgamento do dia 1º de fevereiro de 2017, resolveu suspender a eficácia da Súmula nº 42 até a decisão final da ADI 1625 pelo Supremo Tribunal Federal, conforme a certidão abaixo, disponibilizada no DEJT nº 2171/2017 em 16 de fevereiro de 2017, considerando-se publicada em dia 17 de fevereiro de 2017. CERTIDÃO Arg Inc 0000570-31.2016.5.17.0000 RELATOR: Desembargador Carlos Henrique Bezerra Leite ARGUENTE: 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região ARGUÍDO: Tribunal Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região TERCEIRO INTERESSADO: Chocolates Garoto S/A (advogado Beresford Martins Moreira – OAB/ES 8737); Otávia Pereira Maurício (advogada Maria da Conceição Sarlo Bortolini Chamoun – OAB/ES 4770) CUSTOS LEGIS: Ministério Público do Trabalho da 17ª Região Certifico que, em sessão judicial realizada nesta data, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador Mário Ribeiro Cantarino Neto, presentes os Excelentíssimos Desembargadores José Luiz Serafini, Wanda Lúcia Costa Leite França Decuzzi, Gerson Fernando

da Sylveira Novais, Claudia Cardoso de Souza, Carlos Henrique Bezerra Leite, Lino Faria Petelinkar, Marcello Maciel Mancilha e Ana Paula Tauceda Branco e, ainda, a Excelentíssima Procuradora do Trabalho, Dra. Keley Kristiane Vago Cristo, Resolveu, o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 17.ª Região, após o Presidente indeferir os pedidos de sustentação oral dos embargantes, ante não haver previsão regimental, por maioria: a) acolher a questão de ordem no sentido de que seja votada inicialmente, antes do conhecimento dos embargos declaratórios, a questão de ordem referente à suspensão da eficácia da Súmula nº 42 até a decisão final da ADI 1625 pelo Supremo Tribunal Federal. Vencidos o Desembargador Carlos Henrique Bezerra Leite e a Desembargadora Ana P Então, até que o Supremo Tribunal Federal decida, em ação direta, naquela Corte em trâmite, expungindo, ou não do mundo jurídico o Decreto de denúncia da Convenção e não incidentalmente, como ocorre aqui (com abrangência neste ou naquele caso concreto) e eventualmente, tal seja sua decisão, decida pela repristinação das normas da Convenção 158 da OIT, a atuar no ordenamento jurídico no lugar da lei prometida no art. 7º, I da CF, ou sujeita a disciplinação do Congresso, prudente é que se aguarde o resultado daquele julgamento na Suprema Corte. De fato um dos pressupostos para a aplicação da Convenção 158 é a ratificação e no caso da denúncia, sua rratificação, eis que de acordo com suas normas o registro da denúncia implica, inclusive, não apenas na comunicação aos demais membros, pela OIT, como também ao Secretário-Geral das Nações Unidas. Por isto do ponto de vista da outra parte conveniente e da comunidade internacional, a Convenção 158 não

mais vige no ordenamento jurídico brasileiro. Daí porque falo em reprivatização em decorrência de, tal seja a decisão do Excelso Pretório, haver necessidade de rerratificação. Aliás, diga-se que o STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480-3 –DF, Medida Cautelar, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, entendeu serem as normas da Convenção 158 programáticas, “necessitando de ulterior intervenção disciplinadora do legislador nacional de cada Estado-Parte”, conforme consta do voto do eminente Ministro. O fato de em decorrência da denúncia da Convenção, pelo Estado Brasileiro, ter acarretado a extinção daquela ação, certo é que há, seriamente, dúvidas acerca de serem aquelas normas autoaplicáveis. Portanto, tendo em vista a sua não aplicação ao ordenamento interno, neste momento e considerando que há, em curso no Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1.625) apurando a conformidade ou desconformidade da denúncia unilateral como formulada pelo Estado Brasileiro, prudente, é que se suspenda a eficácia da súmula 42 deste E. Regional. Pelo exposto, suspende-se a eficácia da Súmula 42 do TRT da 17.^a Região, até julgamento final pelo Supremo Tribunal Federal da ADI 1.625, proposta pela CONTAG, questionando a constitucionalidade do Decreto 2.100/1996 do Exmo. Sr. Presidente da República”. Vencidos o Desembargador Carlos Henrique Bezerra Leite e a Desembargadora Ana Paula Tauceda Branco.

Em nota no site oficial, o TRT da 17.^a Região, em 30.01.2017, assim esclareceu o cancelamento:

“A propósito das notícias veiculadas na imprensa sobre a edição da Súmula 42 do Tribunal Regional do Trabalho da 17.^a Região, em que se firmou entendimento de que a denúncia unilateral da Convenção 158 da OIT, por meio de decreto presidencial (Decreto 2.100/96), fere o procedimento previsto no artigo 49, I, da CF, e, portanto, é formalmente inconstitucional, cabem os seguintes esclarecimentos:

I. Todos os tribunais do país detêm competência para declarar a inconstitucionalidade de norma e têm o dever de fazê-lo, quando provocados em casos concretos, sob pena de incidirem em negativa de prestação jurisdicional;

II. A Edição de Súmulas pelos tribunais está prevista no ordenamento jurídico e sempre preconizada, com o intuito de uniformizar jurisprudência e conferir segurança jurídica aos jurisdicionados;

III. As críticas ao conteúdo da Súmula 42 são incompreensíveis, uma vez que no Excelso Supremo Tribunal Federal o julgamento dessa mesma matéria, ainda não finalizado, encontra-se com placar majoritário (4X2) no mesmo sentido da Súmula local;

IV. Por fim, a Súmula 42 diz respeito tão somente à inconstitucionalidade formal do Decreto 2.100/96, sendo que, quanto à interpretação do mérito da convenção e à sua adequação à ordem jurídica, o Tribunal Regional do Trabalho da 17.^a Região, nos autos do processo 0000570-31.2016.5.17.0000, em sessão plenária a ser pautada brevemente, promoverá a modulação dos efeitos concretos dessa declaração.”

Outra nota, logo em seguida, em 01.02.2017, também no site oficial, o TRT da 17.^a Região manifestou-se peremptoriamente: “O Tribunal Pleno do TRT-ES, em sessão realizada

nesta quarta-feira (1/2), decidiu, por maioria absoluta, suspender os efeitos da Súmula 42, que declarou inconstitucional o Decreto Presidencial 2.100/96, o qual denunciou a convenção 158 da OIT. Dos 12 desembargadores da Corte, nove participaram da sessão. Houve sete votos a favor da suspensão da súmula e dois contra.

De acordo com o presidente do TRT-ES, desembargador Mário Ribeiro Cantarino Neto, a súmula 42 continua existindo, mas tem sua eficácia jurídica suspensa. “Entendemos que é mais prudente aguardar a decisão do Supremo Tribunal Federal”, explicou o presidente, referindo-se ao julgamento, no STF, da constitucionalidade do Decreto Presidencial 2100/96.”

Lado outro, a jurisprudência do TST não vem dando abrigo a tal posicionamento e segue no sentido de que a Convenção n. 158 nunca foi dotada de eficácia, por colidir com a determinação constitucional contida no art. 7º., I, CF, entendendo que a lei complementar é o meio legal apto a regular a medida compensatória das dispensas arbitrárias.

Nesse sentido é a decisão de sua 3ª. Turma, que referencia precedentes daquele Tribunal, cuja ementa transcrevemos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nº 13.015/2014 E 13.105/2015 – DESCABIMENTO. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA ARBITRÁRIA. CONVENÇÃO 158/OIT. IMPOSSIBILIDADE. Ainda que se pudesse acreditar na eficácia da Convenção nº 158 da OIT, esta foi denunciada pelo Governo Brasileiro, via Decreto nº 2.100, de 20.12.1996.

Ocorre que a norma jamais surtiu eficácia, no ordenamento pátrio. No Diário Oficial da União de 11.4.1996, publicou-se o Decreto nº 1.855, de 10.4.1996, que determinava a execução da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho - OIT “tão inteiramente como nela se contém”. O ato administrativo não selava a controvérsia em torno da eficácia da aludida convenção. A Constituição Federal, de maneira indiscutível (arts. 7º, I, e 10, I, do ADCT), estabelece a via pela qual há de se estabelecer a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, assim como os mecanismos de reparação respectivos. A Lei Complementar, ao contrário do que, de forma simplista, possa ser pretendido, não se equipara às demais emanações legislativas. A Lei não contém palavras inúteis e assim não se pode pretender em relação à Constituição Federal. Porque a Lei não traz termos inúteis e porque não se pode ignorar diretriz traçada pela Constituição Federal, resta óbvio que a inobservância da forma exigível conduzirá à ineficácia qualquer preceito pertinente à matéria reservada. Se a proteção contra o despedimento arbitrário ou sem justa causa é matéria limitada à Lei Complementar, somente a Lei Complementar gerará obrigações legítimas. Como rudimentar exigência de soberania, não se pode admitir que norma inscrita em tratado internacional prevaleça sobre a Constituição Federal. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. TST-AIRR-1430.79.2014.5.17.0007, em que é Agravante SONIA MARIA DE OLIVEIRA e Agravado CHOCOLATES GAROTO S.A. Relator Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. 3ª. Turma. Data de publicação 18.08.2017.

A par dessa tendência, também localizamos acórdão da 2ª. Turma do TST em que os termos da Convenção n. 158 foram apenas referenciados em acordo coletivo, o que foi aceito e assim afastando a pretendida nulidade da cláusula normativa.

Vejamos:

(...) NULIDADE DA DISPENSA. ESTABILIDADE PREVISTA EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO QUE UTILIZA COMO REFERÊNCIA A CONVENÇÃO 158 DA OIT. 2.1. A Corte local considerou ilegal a cláusula do acordo coletivo de trabalho que garantiu o direito do reclamante de não ser dispensado sem justa causa, por entender que a norma convencional se amparou na Convenção 158 da OIT, denunciada pelo Decreto 2.100/96. 2.2. Em que pese o entendimento do STF e da jurisprudência desta Corte, no sentido de que a Convenção 158 da OIT, não está mais em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a sua denúncia mediante o Decreto 2.100/97, e que a matéria nela disciplinada depende de regulamentação por lei complementar, entendo que, o caso em exame se distingue dos demais julgados desta Corte, tendo em vista que, a vedação à dispensa arbitrária ou imotivada, na hipótese, foi expressamente prevista em cláusula de acordo coletivo de trabalho integralmente transcrita no acórdão regional. A Constituição Federal determina o reconhecimento do acordo e da convenção coletiva de trabalho, e, no caso, não há de se falar em nulidade da cláusula convencional, na medida em que utiliza a Convenção 158 da OIT apenas como referência. 2.3. Considerando que a garantia contra a despedida imotivada do reclamante está expressamente prevista em acordo

coletivo de trabalho, o Tribunal Regional ao afastar a aplicação da cláusula normativa, incorreu em violação do art. 7.º, XXVI, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido. (...)” TST-RR-442-75.2012.5.15.0042 - Recorrente Wilson Lopes Magalhães Júnior e Recorridos Companhia Paulista de Força e Luz e Civile Projetos e Engenharia Ltda. Ministra Relatora Delaíde Miranda Arantes. 2.ª Turma. Julgamento proferido em 07.11.2018.

Essa posição jurisprudencial estabelece, invidiosamente, um posicionamento no sentido de que, ao menos até a palavra final do STF, a Convenção n. 158 da OIT pode servir como marco de eticidade, a permitir que seus termos balizem as negociações coletivas e também se prestem como parâmetro axiológico para coibir práticas empresariais abusivas, excessivamente arbitrárias e antissociais.

O ocorrido no âmbito do TRT da 17ª. Região, de avanço e retrocesso na construção sumular, e em aparente dissonância à jurisprudência atual do TST, é a prova contundente de que a matéria permanece sob alto questionamento judicial, revelando absolutamente imprescindível que o tema retorne o mais rápido possível à pauta de julgamento final pelo STF.

No âmbito doutrinário, todavia, percebemos mantida a tendência majoritária em sentido favorável à eficácia da Convenção n. 158 da OIT e, pois, propugnando pela inconstitucionalidade do malsinado Decreto Presidencial n. 2.100/96.¹⁴

14 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A Organização Internacional do Trabalho e a Proteção aos Direitos Humanos do Trabalhador; MACIEL, José Alberto Couto. Comentários à Convenção n. 158 da OIT: garantia de emprego. São Paulo: LTr, 1996; PIREs, Rosemary de

Destacamos, dessa leitura, a posição reiterada não apenas da validade formal da Convenção n. 158, mas em especial de sua importância axiológica, no avanço das conquistas sociais.

Maciel traz importante argumento pela possibilidade de seu acolhimento pelo país. Segundo ele, corretamente observado, a Convenção n. 158 não proíbe a dispensa, mas exige que seja ela justificada, e esse princípio da proteção ao emprego é consagrado, por ser o emprego um direito social que importa na impossibilidade de seu término por amplo e ilimitado arbítrio, vestígio de costumes usados por empresários de uma época que já passou.¹⁵

Pelo seu cunho inegavelmente humanitário, a Convenção n. 158 da OIT é o retrato de um diálogo democrático estabelecido entre as Nações e seus filhos.

Em um mundo de feições aflitas e inseguras, a Convenção n. 158 da OIT é instrumento prestável como contraponto aos ditames autoritários do empregador perante a gerência da relação de emprego. Não lhe retira o direito de dispensar, mas apenas lhe exige uma justificativa e uma sinalização de boa vontade na solução do problema social criado com a ruptura do vínculo laboral, a fim de não

.....
Oliveira; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques. A globalização do desemprego: o "Ocupe Wall Street" (OWS), os protestos na Europa e o alerta da OIT; SILVA, Antônio Álvares da. A convenção 158 da OIT; SOEIRO, Susan Emily Iancoski Soeiro; VILLATORE, Marco Antônio Cesar. A relevância da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho para coibir dispensas em massa; VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da convenção n. 158 da OIT. ZANGRANDE, Edson Antony. A Convenção 158 da OIT e a problemática de sua validade frente ao ordenamento jurídico.

15 MACIEL, José Alberto Couto. Comentários à Convenção n. 158 da OIT: garantia de emprego. São Paulo: LTr, 1996, p. 9.

se caracterizar o abuso do direito, combatido em todos os sistemas jurídicos dos países civilizados.

A centralidade axiológica do trabalho é evidente, a crise prolongada, os desafios enormes, tudo a expor o país a uma revisão da regulação do modelo capitalista, pelo menos tomado na sua conformação atual. Se o mundo do capital vai ser outro e terá que ser, o trabalho inevitavelmente também vai, porque o trabalho está para o capital. E o mundo do direito deve acompanhar e contribuir na condução de tais mudanças em prol de todos os envolvidos.¹⁶

4. O sistema de indenização por danos morais individuais ou coletivos e a caracterização de dumping social em caso de dispensas manifestamente abusivas.

Segundo o art. 4º. da Convenção n. 158 da OIT, apenas ocorrerá o fim da relação de trabalho diante de uma causa justificadora relacionada com a capacidade ou com o comportamento do trabalhador ou, ainda, com sucedâneo nas necessidades de funcionamento da empresa.

Em seu art. 5º., são explicitados os motivos que não podem ser considerados como causas justificadoras para o término da relação de trabalho: a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho; b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar

.....
16 PIRES, Rosemary de Oliveira. A crise econômica global, o direito do trabalho e a Justiça do Trabalho: o *donné* e o construído de François Gény. In: Revista Trabalhista Direito e Processo, n. 34, LTr, p. 26, 2010.

ou ter atuado nessa qualidade; c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes; d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, ascendência nacional ou a origem social; e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.

Acrescenta que eventual ausência ao trabalho em razão de moléstia ou lesão não configura motivo que justifique o término do contrato de trabalho (art. 6º.).

Em seu art. 13, I, “a”, a Convenção dispõe que “quando o empregador prever términos de relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos ou análogos proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos términos previstos, os números e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos ,es,ps e operíodo dutrante o auql seriam efetuados esses términos”.

Outra medida saneadora é prevista no mesmo art. 13, I, “b” em que o empregador também “oferecerá uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os términos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos.”

A responsabilidade ética do empregador, posta na Convenção n. 158, pelos termos elencados acima, se confirma pela busca de seus esforços para minimizar os danos aos trabalhadores e, pois, os danos sociais decorrentes. É patente tal compromisso, tal

exigência.

Talvez esse seja o grande abismo que se aprofunda entre o caráter social da Convenção n. 158 e o legislador reformista o qual, fundado na autonomia da vontade individual, afasta-se sobremodo da inspiração publicista que sempre deu à disciplina juslaboral uma natureza híbrida, *sui generis*, mesclada de interesse privados decorrentes das partes envolvidas na relação, mas sem desprezo dos interesses públicos, fundados no valor social do trabalho, não apenas em relação ao empregado individualmente considerado, mas na sua importância mesmo perante a comunidade, inclusive como consumidor e realizador da dinâmica econômica da sociedade.

Dessa feita, razoável que se adote, a partir de então, o princípio da boa fé contratual, aplicando-se também e por corolário o instituto da indenização por danos sofridos, especialmente os de natureza moral, nos contratos de trabalho e na coletividade assim considerada, se for o caso.

Nessas condições, verificando-se no caso concreto, o abuso do direito de dispensar, possivelmente identificado pelo *modus operandi* descuidado da empresa perante os trabalhadores a ele vinculados ou por motivos concorrenciais de redução abrupta de custos, sem lastro na sua efetiva situação financeira ou econômica, é possível a caracterização de dano moral individual ou mesmo de dano coletivo, inclusive com configuração do *dumping* social.

O *dumping* social, sabemos, é uma figura derivada. Migrou de um conceito restrito na área de direito comercial para adaptar-se ao direito do trabalho, caracterizando-se pela adoção de práticas desumanas de trabalho, pelo empregador, com o objetivo de reduzir os custos

de produção e, assim, aumentar os seus lucros. Configura-se quando o ato do empregador, pela extensão da violação dos direitos trabalhistas, é capaz de gerar um dano à sociedade e constituir um ato ilícito.

A respeito de sua configuração e aplicação no Direito do Trabalho, manifestou-se a 1ª. Turma do TRT da 3ª. Região de forma lapidar:

DUMPING SÓCIO-TABALHISTA- CONCEITO E APLICAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO - INDENIZAÇÃO PELO DANO SOCIAL DE NATUREZA SUPLEMENTAR EM PROL DO FAT- Dumping sócio-trabalhista é um termo utilizado para designar a prática empresarial visando à redução dos custos da mão obra, mediante o descumprimento reiterado da legislação. Segundo a doutrina de Jorge Luiz Souto Maior, a precarização completa das relações sociais, decorrente das reiteradas agressões aos direitos trabalhistas, traduz a prática de Dumping Social, apta a gerar um dano à sociedade, ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil. Segundo esta doutrina, os fundamentos da reparação por dano social encontram-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, e artigos 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT. Nesse contexto, caracteriza-se o dumping quando a empresa obtém vantagens em decorrência da supressão ou do descumprimento total ou parcial de direitos trabalhistas, reduzindo com essa postura o custo da produção, e potencializando maior lucro, o que, no fundo e em última análise, representa, uma conduta desleal de prática comercial de preço predatório, além, é claro, da evidente

violação aos direitos sociais. Esse importante tema foi objeto de estudo da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada no final de 2007, e desaguou no Enunciado nº 4, in verbis: “DUMPING SOCIAL. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado Social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido ‘dumping social’, motivando a necessária reação do Judiciário Trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único, do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, ‘d’, e 832, § 1º, da CLT”. Assim, evidenciada a prática de dumping sócio-trabalhista, impõe-se a condenação da empresa ao pagamento de uma indenização suplementar em prol do FAT.” [0010704-74.2014.5.03.0163 \(RO\)](#) (PJe - assinado em 25/02/2015). 1ª. Turma. Des. Relator Luiz Otavio Linhares Renault. Disp. 26.02.2015.

Estar-se-ia diante da possibilidade de fixação judicial de indenização por danos morais, sejam individuais ou coletivos. No caso do pleito ser de natureza coletiva, como decorreria das dispensas coletivas (plúrimas ou em massa), a pretensão relativa à indenização

por danos morais terá que ser formulada por sindicatos profissionais ou pelo Ministério Público do Trabalho, em ações civis públicas que invocariam os termos da Convenção n. 158 como parâmetro normativo de avaliação.¹⁷

O enquadramento jurídico dessa situação concreta poderia ter no texto da Convenção n. 158, no mínimo, sua inspiração principiológica, axiológica até uma definição sobre sua eficácia pelo STF. Também seria adotada, na hipótese, o princípio da aptidão de prova, fazendo incidir sobre o empregador o ônus de comprovar a real necessidade de ter dispensado o empregado, o grupo ou a massa de empregados, invocando razões de comportamento, financeiras ou econômicas, pena de ver seu ato considerado abusivo e, portanto, passível de autorizar o arbitramento de indenização por dano moral.

Essa sanção punitiva, por meio da condenação judicial indenizatória, prestar-se-ia não apenas em favor dos trabalhadores, mas também inibiria a prática de condutas concorrenciais desleais entre as empresas, protegendo umas das outras e mantendo hígido o mercado em que atuam e a economia vista em seu aspecto global.

5. Conclusões.

Diante do atual quadro de instabilidade na retomada de empregos formais, de redução

17 Sobre a importância da Convenção n. 158, inclusive quanto à obrigatória informação da dispensa em massa à entidade sindical, cf. BRITO, Tarcisio Correia de. *Dispensa coletiva na reforma trabalhista: perspectivas interpretativas*; PORTO, Lorena Vasconcelos; PEREIRA, Ricardo José Macedo de Brito. *A dispensa em massa no contexto da reforma trabalhista*; ROCHA, Claudio Janotti da. *A dispensa coletiva na reforma trabalhista*.

tuitiva dos empregados sob contratos atípicos, de diminuição de renda da massa assalariada e de baixa produção de instrumentos normativos entre as categorias profissionais e econômicas, mostra-se premente a necessidade de pensarmos mecanismos de promoção e preservação do emprego, tendo na Convenção n. 158 da OIT o pilar de referência de sua normatização.

Esse texto internacional não tem, como afirmam seus críticos ferrenhos, o propósito de ressuscitar o engessamento da dispensa, como se buscasse retomar o antigo regime da estabilidade decenal; sua pretensão não é a de desapropriar completamente o empregador de seu poder empregatício. Ao revés, a finalidade dessa normativa repousa no intento de introduzir um certo equilíbrio de forças entre as partes, reduzindo as arbitrariedades sem peias perpetradas no seio da relação empregatícia, dando-lhe um mínimo de eticidade, fundada nos preclaros termos da Constituição Federal, que abriga o princípio da dignidade humana e da valorização do trabalho, além de exaltar a função social da propriedade e a livre concorrência, harmonizando, assim, o capital e o trabalho.

Em nossa sociedade atual, não há mais o mínimo lugar para se pensar que o empregador possa proceder a dispensas, em especial as coletivas, sem que justifique sua ação que se liga não apenas aos trabalhadores de *per si* considerados, mas ao empresariado em geral e a toda coletividade que tem legítimo interesse em manter as forças do mercado, o equilíbrio fiscal e o poder de consumo de seus cidadãos, garantindo a higidez da economia.

Deixando de consultar o sindicato e não possuindo justificativa plausível, nos

termos propostos pela Convenção n. 158 da OIT, nas hipóteses de dispensas individuais discriminatórias ou coletivas manifestamente abusivas, assume a empresa o risco de ser acionada pelo órgão de classe profissional ou pelo Ministério Público do Trabalho para responder por danos morais individuais e/ou coletivos, inclusive sob a figura de *dumping* social.

Esperamos que essa reflexão seja assimilada para que o Brasil avance, verdadeiramente, na modernização de suas relações laborais, de modo a atender, com equilíbrio e harmonia, as necessidades efetivas das empresas, sem prejuízo do *ethos* garantidor da centralidade axiológica do homem trabalhador e de toda a sociedade que as abriga e delas depende para seu crescimento sustentável e principalmente responsável.

BIBLIOGRAFIA:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A Organização Internacional do Trabalho e a Proteção aos Direitos Humanos do Trabalhador. Revista Eletrônica TRT da 4ª. Região. Ano III, n. 38, 2ª. quinzena de jan. 2007.

AROUCA, José Carlos. A Convenção nº. 158 e as dispensas coletivas. Revista IOB trabalhista e previdenciária. Porto Alegre, v. 19, n. 227, maio 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. Disponível em: <www.planalto.gov.br> .

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

BRITO, Tarcisio Correia de. Dispensa coletiva

na reforma trabalhista: perspectivas interpretativas. In: PIRES, Rosemary de Oliveira; LORENTZ, Lutiana Nacur; BARBOSA, Arnaldo Afonso (coordenadores). A Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) na visão dos magistrados do trabalho, procuradores do trabalho e advogados trabalhistas. Belo Horizonte: RTM, 2019, p. 339-382.

Futuro do trabalho no Brasil: perspectivas e diálogos tripartites. (http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_626908.pdf) acesso em 07.04.2019.

Justificando. <http://www.justificando.com/2019/02/22/mpt-alega-nulidade-em-dispensa-coletiva-dos-tres-mil-empregados-da-ford/>

Ipea. <http://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/tag/taxa-de-desemprego/>

OIT. Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: www.oit.org.br e www.ilo.org

MACIEL, José Alberto Couto. Comentários à Convenção n. 158 da OIT: garantia de emprego. São Paulo: LTr, 1996.

PIRES, Rosemary de Oliveira. A crise econômica global, o direito do trabalho e a Justiça do Trabalho: o *donné* e o *construit* de François Géný. Revista Trabalhista Direito e Processo, n. 34, LTr, p. 24-34, 2010.

PIRES, Rosemary de Oliveira; BARBOSA, Arnaldo Afonso. A dimensão patrimonial do dano moral na Reforma Trabalhista: análise e questionamentos acerca dos novos arts. 223-A e 223-G da CLT. In: MELO, Raimundo Simão

de; ROCHA, Claudio Janotti da (coordenadores). Constitucionalismo. Trabalho, seguridade social e as reformas trabalhista e previdenciária. São Paulo: LTr, 2017.

PIRES, Rosemary de Oliveira; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques. A globalização do desemprego: o “Ocupe Wall Street” (OWS), os protestos na Europa e o alerta da OIT. Revista trabalhista : direito e processo. Ano 1, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002 –). Brasília : Anamatra ; Rio de Janeiro ; Forense. v. : 28, p. 148-158.

PORTO, Lorena Vasconcelos; PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. A dispensa em massa no contexto da reforma trabalhista. *In*: PIRES, Rosemary de Oliveira; LORENTZ, Lutiana Nacur; BARBOSA, Arnaldo Afonso (coordenadores). A Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) na visão dos magistrados do trabalho, procuradores do trabalho e advogados trabalhistas. Belo Horizonte: RTM, 2019, p. 383-394.

REZEK, Francisco. Direito internacional público. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROCHA, Claudio Janotti da. A dispensa coletiva na reforma trabalhista. *In*: PIRES, Rosemary de Oliveira; LORENTZ, Lutiana Nacur; BARBOSA, Arnaldo Afonso (coordenadores). A Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) na visão dos magistrados do trabalho, procuradores do trabalho e advogados trabalhistas. Belo Horizonte: RTM, 2019, p. 395-410.

SILVA, Antônio Álvares da. A convenção 158 da OIT. Belo Horizonte: RTM, 1996.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hildelbrando. Manual de direito internacional público. 15. ed. rev. E atual. Por Paulo Borba

Casella. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOEIRO, Susan Emily Iancoski Soeiro; VILLATORE, Marco Antônio Cesar. A relevância da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho para coibir dispensas em massa. <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/87745>, março/2016.

VIANA, Márcio Túlio. O que há de novo em direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1997.

VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da convenção n. 158 da OIT. Revista Tribunal Regional do Trabalho 3ª. Região, v. 46, n. 76, jul.-dez. 2007. p. 235/245.

VIANA, Márcio Túlio (Coord); SATUF REZENDE, Alaor; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; MELLO FILHO, Luiz Philipe Vieira de. Teoria e Prática da Convenção 158. São Paulo: LTr, 1996.

ZANGRANDE, Edson Antony. A Convenção 158 da OIT e a problemática de sua validade frente ao ordenamento jurídico. <https://juslaboris.tst.jus.br/>

CONVENÇÃO Nº 95 DA OIT – PROTEÇÃO AO SALÁRIO

Herminegilda Leite Machado

Necessário, antes de se adentrar ao tema que me foi proposto – proteção do salário no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, dedicar algumas linhas, de forma bastante sucinta, sobre o contexto histórico em que foi gestada essa Organização que, este ano, completa um século de existência.

As lutas ocorridas pela melhoria das condições de trabalho, durante todo o século XIX e nas duas primeiras décadas do século XX, fomentaram a criação do Direito do Trabalho, cujo germe foi produzido na Revolução Industrial, que gerou grandes transformações econômico-sociais, que são os “dois lados do mesmo processo produtivo”, nas palavras de Evaristo de Moraes Filho (1991, p.199).

O ideário iluminista da Revolução Francesa muito serviu ao sistema que ora nascia com a Revolução Industrial, pois pregava a igualdade jurídico-política de todos os cidadãos em um Estado organizado dentro do modelo liberal e individualista. Nesse modelo, abstinha-se o Estado de intervir nas relações contratuais privadas, ante a suposta liberdade contratual, decorrente do princípio da igualdade jurídico-política entre os contratantes, ou seja, entre aqueles que

detinham os meios de produção e aqueles que dispunham apenas da mão de obra.

O excesso de mão de obra, aliado à exploração do trabalho infantil e feminino – que recebiam remuneração menor do que o valor pago aos trabalhadores do sexo masculino –, as jornadas de sol a sol em ambientes insalubres, aliado a ausência de qualquer interferência do Estado e de qualquer proteção por enfermidades, acidentes de trabalho, invalidez e por velhice, estimularam os trabalhadores a se organizarem e a lutar por melhores condições de trabalho, e sensibilizaram alguns empresários, políticos e professores ao longo daquele século XIX e também no século XX, como assim nos contam os capítulos dos livros de Direito do Trabalho (SESSEKIND, 2000; DELGADO, 2006; NASCIMENTO, 1987), com capítulos dedicados à história do Direito Internacional do Trabalho e da Organização Internacional do Trabalho.

Dentre os defensores da causa operária, destacaram-se vários nomes, sendo que o primeiro deles que se tem notícia é Robert Owen, o qual, além de implementar melhorias dentro de sua fábrica, a exemplo da redução da jornada dos seus operários para 10 horas

.....
Herminegilda Leite Machado

Juíza do Trabalho Titular da 3ª Vara do Trabalho de Joao Pessoa. Especialista de Direitos Humanos pela Universidade Pablo de Olavide - Espanha

diárias, também lutava por amplas reformas sociais. Há referência, também, ao Peel's Act, que seria a compilação de atos proposta por Robert Peel, que tratava de normas de proteção aos menores. (DELGADO, 2006).

Todavia, foi de Owen a manifestação aos Governos da Europa, em 1818, sugerindo o “estabelecimento de uma legislação internacional que, instituindo direitos irrenunciáveis em favor dos trabalhadores, tivesse por escopo equilibrar o ônus da proteção social entre os países industrializados e concorrentes no comércio mundial”. (SUSSEKIND, 1987, P.85).

Essa sugestão não foi aceita pelos destinatários e ficou a germinar durante alguns anos, até que outros defensores da causa social tomasse a sua defesa e alargasse a pretensão de Owen, como se vê nos estudos de Luis Blanc, professor da Universidade de Sorbonne, e de Daniel Legrand, industrial, que pugnavam pela internacionalização das normas de proteção ao trabalho, por meio de tratados. Mais uma vez essas ideias não encontraram ressonância nos governos dos países industrializados, mas se difundiram e estimularam outras mentes a encampar a luta operária.

E assim, durante todo o século XIX iam surgindo, de forma gradativa e pontual, a edição de atos, decretos e leis, em alguns dos países industrializados, atenuando a exploração do trabalho, a exemplo de uma lei inglesa de 1802 que fixava a jornada das crianças em 12 horas por dia e proibia o trabalho noturno das mesmas; uma lei francesa de 1841, nesse mesmo sentido; um ato de 1826, na Inglaterra, tolerando o direito de associação dos operários, o que foi seguido pela França cinquenta anos depois. etc.

Vários eventos e congressos, a exemplo dos Congressos Internacional de Beneficência – 1856 e 1857, da Primeira Internacional – 1864, do Congresso Operário de Paris – 1883, do Congresso Internacional Operário – 1884, do congresso Socialista – 1889, da Conferência de Berlim - 1890 (SUSSEKIND, 1987) foram realizados sobre o tema na segunda metade do século XIX e já na última década, a semente lançada por Owen e cultivada por Blanc, Legrand e diversos outros não menos importantes defensores da causa social, que se sucediam no tempo, começou a germinar. E assim iam surgindo normas regulamentando a conciliação e a arbitragem facultativas (1892), a lei sobre acidentes de trabalho, dentre outras.

Da Conferência de Berlim, em 1890, resultou a assinatura do Protocolo sobre a idade mínima de 14 anos para o trabalho nas minas e a edição de recomendações referentes “à proibição do trabalho das mulheres nas minas, a redução da jornada de trabalho nas minas, à arbitragem nos conflitos de trabalho, à organização de sociedade de socorro mútuo entre os trabalhadores, à proibição do trabalho dos menores de 12 anos nos estabelecimentos industriais (salvo nos países meridionais, onde a idade mínima seria de 10 anos), à proibição do trabalho noturno das mulheres e, finalmente, à concessão de um período de descanso por motivo de parto”. (SUSSEKIND, 1987, p. 89)”

A ideia da criação de uma repartição internacional se fortalecia e no Congresso de Bruxelas (SUSSEKIND, 1987) realizado em 1897 com o fim de analisar os procedimentos para a internacionalização da legislação do trabalho, ensejou a proposta para a criação de uma Associação Internacional para a Proteção Legal dos Trabalhadores, que foi concretizada

em 1900, em Paris, no Congresso Internacional de Legislação do Trabalho. Não se desconhece a Associação Internacional dos Trabalhadores, conhecida como a Primeira Internacional (1864) e da sua importância, e da *Rerum Novarum* (1891) mas para o enfoque desse estudo – Convenção Internacional e a proteção ao salário – atém-se aos atos que contribuíram diretamente para a criação da OIT.

No estatuto da então recém criada Associação Internacional para a Proteção Legal dos Trabalhadores, estava a tarefa de organizar uma Oficina Internacional do Trabalho e estudar a legislação existente visando a adoção pelos demais Estados. Foi dos estudos dessa Associação, sobre o trabalho noturno das mulheres na indústria e o uso de fósforo branco na indústria, que surgiram as primeiras convenções internacionais do trabalho, assinadas na Conferência diplomática de Berna, em 1906. (SUSSEKIND, 1987, p.92).

A deflagração da primeira guerra mundial (SUSSEKIND, 1987), não parou a luta dos trabalhadores e na Conferência da Paz, realizada em Versalhes, para negociação de um acordo de paz, foi criada a Organização Internacional do Trabalho – OIT, vinculada à Sociedade das Nações. Assim a Parte XIII do Tratado de Versalhes, composta de duas seções, dispôs na primeira seção, sobre a Constituição (preâmbulo), organização e funcionamento da OIT, bem como as prescrições gerais e medidas transitórias.

No preâmbulo da Constituição originária da OIT encontram-se as justificativas política, humanitária e econômica da sua criação enquanto a 2ª seção da mencionada Parte III, incluía, dentre os princípios fundamentais do Direito do Trabalho, “O pagamento aos

trabalhadores de um salário que lhes assegure um nível de vida conveniente, em relação com sua época e seu país”. (SUSSEKIND, 1987, p. 100).

Com o desaparecimento da Sociedade das Nações, a OIT passou a se vincular à Organização das Nações Unidas, na condição de Agência Especializada da mesma e a sua Constituição originária foi revista por ocasião da 29ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho de 1946, quando então foi adotada a Declaração de Filadélfia, que passou a integrar o novo texto como anexo.

Mas o que importa realçar, para efeito deste estudo é a menção, no texto originário da Constituição da OIT, ao pagamento de um salário aos trabalhadores que lhes assegurasse um nível de vida conveniente como um princípio fundamental do Direito do Trabalho, embora, nos dias atuais, os princípios fundamentais estejam assentados na liberdade sindical e no reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; na eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; na abolição efetiva do trabalho infantil; e na eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Da função inicial, de criar um Direito Internacional do Trabalho, a OIT passou a desenvolver programas de ação social e a colaborar com os governos, sempre buscando a “melhoria das condições de vida dos homens e pela paz universal da justiça social”, nas palavras de Mario de La Cueva (1980), citado pelo e. Gunther (2013, p.37).

Ao largo de um século a produção normativa da OIT abrangeu os mais diversos temas sociais e trabalhistas, seja por meio de Convenções Internacionais, seja por meio de

Recomendações, de Resoluções e Declarações, embora somente a primeira (Convenção), quando ratificada pelos países que compõem essa Organização, tenha força vinculativa, enquanto a segunda (Recomendação), ainda que tenha a sua importância técnica e sirva de complementação à Convenção, não tem o caráter obrigatório desta. Os demais Atos – Resoluções e Declarações também não têm nenhuma força jurídica, embora sirvam, as primeiras, de pauta para orientar as pautas dos Governos e a OIT, ao passo que a segunda – Declarações, tenham apenas força moral, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e da Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT, na sua produção normativa, trata do salário em diversas Convenções, e também em Recomendações, a exemplo da de nº 180, seja de forma direta, quando se refere diretamente a esse assunto, seja de forma indireta, quando, normatizando sobre outro tema, faz referência a salário, a exemplo das Convenções nº 98 e 154, como destaca Mascaro Nascimento (1997). Embora essas duas Convenções (98 e 154) tratem de Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva e de Fomento à Negociação Coletiva, respectivamente, não se pode esquecer que um dos principais objetos da negociação coletiva é o salário e seus reajustes, como assim nos lembra Mascaro nascimento.

A Convenção nº 198, de 1949, sobre Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, prevê, em seu artigo 1º, que “Os trabalhadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego.”

e mais adiante, nos artigos 9º e 10º, proíbe “qualquer desconto dos salários cuja finalidade seja assegurar pagamento direto ou indireto do trabalhador ao empregador, a representante deste ou a qualquer intermediário (tal como um agente encarregado de recrutar a mão de obra), com o fim de obter ou conservar um emprego.” e que o “O salário não poderá ser objeto de penhora ou cessão, a não ser segundo as modalidades e nos limites prescritos pela legislação nacional.)

Essa Convenção nº 198, foi aprovada na 32ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, no ano de 1949, tendo entrado em vigor no plano internacional em 18/07/1951, sendo aprovada pelo Brasil em 27/08/1952, por meio do Decreto Legislativo nº 49, ratificada em 18/11/1952 e promulgada em 29/06/1953, pelo Decreto nº 33.196, passando a ter vigência nacional em 18/11/1953.

Por sua vez, a Convenção nº 154, sobre Fomento à Negociação Coletiva, apesar de não fazer nenhuma menção direta ao termo “salário”, foi editada com a finalidade de complementar as Convenções nº 87, que trata da liberdade sindical e a proteção do direito de sindicalização, de 1948; e nº 98, sobre direito de sindicalização e de negociação coletiva, de 1949; bem como as Recomendações nº 92 referentes aos tratados coletivos, de 1951 e a conciliação e arbitragem voluntárias, de 1951; e, ainda, a Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 concernentes às relações de trabalho na administração pública, de 1978, adotando medidas apropriadas baseadas nas ditas normas e destinadas a estimular a negociação coletiva livre e voluntária.

A Convenção nº 154, faz referência, logo no início dos seus considerandos, ao

art. 4 da Convenção nº 98, sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva, o qual reafirma o estímulo à “negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego”. (art. 4 da Convenção nº 98).

O artigo 2 dessa Convenção nº 154 estabelece que uma das finalidades da negociação coletiva é “fixar as condições de trabalho e emprego”, como assim está expresso na sua alínea “a”, de modo que, em sendo o salário e seus reajustes um dos principais objetos das negociações coletivas, é de se considerar essa Convenção nº 154, na mesma linha de raciocínio de Mascaro nascimento, como uma das Convenções que tratam de salários, de forma indireta.

Essa Convenção nº 154 foi aprovada na 67ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, em 1981, tendo entrado em vigor no plano internacional em 11/08/1983. O Brasil a ratificou em 10/07/1992, depois de aprovada pelo Congresso Nacional em 12/05/1992 por meio do Decreto Legislativo nº 22, o que ensejou a sua promulgação em 29/09/1994, pelo Decreto nº 1.256.

Tratando diretamente do tema “Salário”, a título de exemplificação, tem-se a Convenção nº 26, de 1928, sobre Métodos de Fixação de Salários Mínimos; Convenção nº 94, de 1949, sobre Cláusulas de Trabalho em Contratos com Órgãos Públicos; Convenção nº 95, de 1949, sobre Proteção ao Salário; Convenção nº 99, de 1951, sobre Métodos de Fixação do Salário Mínimo na Agricultura; Convenção nº 100, de 1951, sobre Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho

de Igual Valor; Convenção nº 109, revista em 1958, sobre os Salários, a Duração do Trabalho a Bordo e as Lotações; Convenção nº 110, de 1958, sobre as Condições de Emprego dos Trabalhadores em Fazendas; Convenção nº 131, de 1970, sobre Fixação de Salários Mínimos, Especialmente nos Países em Desenvolvimento; Convenção nº 173, de 1992, sobre a Proteção dos Créditos Trabalhistas na Insolvência do Empregador; e Convenção nº 189, de 2011, sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, online).

Em todas essas Convenções citadas no parágrafo anterior há referência direta a salário e foram elas ratificadas pelo Brasil, à exceção da Convenção nº 173, que trata da Proteção dos Créditos Trabalhistas na Insolvência do Empregador.

Todavia, o nosso estudo restringe-se à Convenção nº 95 que é a que trata diretamente da proteção ao salário e nesse aspecto dispõe sobre o conceito de salário, a forma, local e periodicidade de pagamento, proibição de descontos não autorizados em lei e de penhora e cessão do salário, bem como sobre preferência de pagamento nos casos de falência do empregador.

Essa Convenção nº 95 é composta por 27 artigos, sendo que os que mais interessam a esse estudo estão circunscritos aos art. 1 ao 14, pois os demais dizem respeito a ratificações e a procedimentos relativos a relatórios sobre as medidas que tornem efetivas as disposições da convenção, renúncias e denúncias pelos Estados.

Foi ela aprovada na 32ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 1949, e entrou em vigor no plano internacional

em 24/09/1952, sendo ratificada pelo Brasil em 27/04/1957, depois de aprovada pelo Congresso Nacional em 29/05/1956, por meio do Decreto Legislativo nº 24 e promulgada pelo Decreto nº 41.721, de 25/06/1957, com vigência nacional a partir de 25/04/1958.

O conceito de salário, nessa Convenção, é sinônimo de remuneração, em que pese a diferenciação conceitual e legal entre esses termos na doutrina nacional, já que salário é definido por Gomes (1996, 9. 23) como “a retribuição paga diretamente pelo empregador” por força do contrato de trabalho. Nesse mesmo sentido, dispõe a parte final do *caput* do art. 457 da CLT. Já a remuneração é a “soma do salário percebido em virtude do contrato de trabalho e dos proventos auferidos de terceiros, habitualmente, pelos serviços executados por força do mesmo contrato.” (SUSSEKIND, 2000, P.350). Incluía-se no conceito de remuneração as utilidades então recebidas habitualmente pelo empregador, mas a nova redação do § 2º do art. 457 da CLT, dada pela Lei nº 13.467/2017, excluiu-as do conjunto remuneratório.

A Constituição Federal, no art. 7º, utiliza o termo salário ao especificar os direitos dos trabalhadores, embora refira-se a remuneração, quando garante salário não inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável (inciso VII) ou atribui caráter remuneratório a outras parcelas como o adicional noturno, ou adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei (inciso XXIII), etc.

Em que pese essa diferenciação de conceitos, ater-se-á ao termo salário na forma como utilizado na Convenção nº 95 ora em exame e que a ele se refere como “qualquer que seja a denominação ou o modo de cálculo, a

remuneração ou os ganhos suscetíveis de serem avaliados em espécie ou fixados por acordo ou pela legislação nacional, que são devidos em virtude de um contrato de aluguel de serviços, escrito ou verbal, por um empregador a um trabalhador, seja por trabalho efetuado, ou pelo que deverá ser efetuado, seja por serviços prestados ou que devam ser prestados.” (art. 1).

Portanto, pela prestação de serviço não eventual ao empregador e sob a dependência deste, é devido o salário, o qual atribui caráter oneroso ao contrato de trabalho e se constitui em um dos elementos que caracteriza a relação de trabalho subordinado.

No tocante ao pagamento do salário este deve ser efetuado em moeda corrente, sendo proibido o pagamento sob forma de ordem de pagamento, bônus, cupons, ou sob qualquer outra forma que se suponha representar a moeda de curso legal, embora se permita o pagamento do salário em cheque ou vale postal, quando esse modo de pagamento for de prática corrente ou necessária, em razão de circunstâncias especiais, quando uma convenção coletiva ou uma sentença arbitral o determinar, ou quando, apesar de tais disposições, o trabalhador interessado consentir (art.3).

Apesar de essa Convenção admitir que a legislação nacional, as convenções coletivas ou as sentenças arbitrais possam permitir o pagamento parcial do salário em espécie nas indústrias ou nas profissões em que esta forma de pagamento seja de uso corrente ou conveniente em razão da indústria ou profissão em causa, condiciona o pagamento das prestações em espécie desde que sirvam para o uso pessoal do trabalhador e de sua família e lhes tragam benefício e que o valor atribuído

a essas prestações seja justo e razoável e não autoriza o pagamento do salário sob forma de bebidas alcoólicas ou de drogas nocivas (art. 4).

O pagamento do salário deve ser efetuado diretamente ao trabalhador, a não ser nas exceções que a legislação nacional, convenção coletiva ou alguma sentença arbitral disponha de outra maneira (Art. 5). E a ele, trabalhador, cabe dispor do seu salário como bem lhe aprouver, não podendo o empregador intervir ou restringir essa liberdade (art. 6).

Na hipótese de o empregador instalar lojas para vender mercadorias aos trabalhadores ou serviços a ela ligados e destinados a fazer-lhes fornecimentos, não pode exercer nenhuma pressão sobre os trabalhadores interessados para que eles façam uso dessas lojas ou serviços à exceção de o acesso a outras lojas ou serviços não ser possível, quando então a autoridade competente deve tomar medidas apropriadas para que as mercadorias sejam fornecidas a preços justos e razoáveis, ou que as obras ou serviços estabelecidos pelo empregador não sejam explorados com fins lucrativos, mas sim no interesse dos trabalhadores. (art. 7º).

Os descontos nos salários se restringem aqueles previstos na legislação nacional, convenção coletiva ou na sentença arbitral, com comunicação aos trabalhadores das condições e limites desses descontos (art. 8), sendo proibido qualquer desconto para pagamento direto ou indireto do trabalhador ao empregador, a representante deste ou a qualquer intermediário, a exemplo do agente de contratação de mão de obra, com o fim de obter ou manter um emprego. (art. 9).

A penhora ou cessão do salário só é possível segundo as modalidades e nos limites prescritos pela legislação nacional e, ainda

assim, desde que assegurada a manutenção do trabalhador e de sua família (art. 10).

Na hipótese de falência ou de liquidação judicial da empresa, os seus empregados devem ser considerados como credores privilegiados em relação aos demais credores e nessa condição devem receber integralmente os seus salários antes dos demais credores (art. 11).

Apesar de não haver uma fixação quanto ao tempo do pagamento do salário, este deve ser efetuado em intervalos regulares (art. 12), em dias úteis e no local do trabalho ou na sua proximidade, a não ser que a legislação nacional, convenção coletiva ou sentença arbitral disponham de outra forma, sendo proibido o pagamento em bares ou estabelecimentos similares a não ser quando se trate dos trabalhadores desses estabelecimentos. (art. 13).

A disposição contida no art. 2, é expressa no sentido de que se aplica essa Convenção a todas as pessoas às quais um salário é pago ou pagável, ao tempo em que excetua a sua aplicação às pessoas que não são empregadas em trabalhos manuais, ou que são empregadas em serviços domésticos ou ocupações análogas, encontra-se superada a sua redação pela Convenção nº 111, de 1958, que trata da Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação e pela Convenção nº 189, de 2011, que trata sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos. Diante dos termos dessas Convenções é inadmissível a exceção prevista no referido art. 2, pelo que se considera a mesma aplicável a todos os trabalhadores que prestam seus serviços de forma subordinada a outrem.

Em suma, a proteção ao salário está na previsão do pagamento de uma quantia

suficiente à manutenção do trabalhador e sua família, como contraprestação ao serviço executado, em moeda corrente, com proibição de descontos não autorizados em lei ou instrumentos normativos da categoria (convenção e/ou acordo coletivo de trabalho) e em intervalos regulares, o que, no sistema nacional, fixou-se de forma mensal e com possibilidades de antecipação quinzenal ou mensal, além da impenhorabilidade e o privilégio de recebimento dos salários antes dos demais credores da empresa, quando esta estiver em processo de falência ou de recuperação judicial.

Espera-se que o Brasil, um dos Estados-membros fundadores da Organização Internacional do Trabalho – OIT não permita retrocessos sociais além do que já ocorreu nesses recentes anos.

A história já mostrou que os princípios iluministas, norteadores das liberdades civis e políticas, e que muito contribuiu para a filosofia, as artes e outros ramos do conhecimento, não foram suficientes para “iluminar” os bolsões de miséria das pessoas que só podiam tirar o seu sustento da própria força de trabalho. A nova fase vivida pela humanidade do hemisfério norte, com a invenção das máquinas que impulsionou a industrialização nas grandes cidades destruía infâncias e reduzia o tempo de vida trabalhadores quando não os deixava à mercê de própria sorte quando doentes, velhos e inválidos, enquanto a outra parte da humanidade, no hemisfério sul, ainda era escrava.

A vida vale mais que um salário, como assim se infere da luta da OIT pela melhoria das condições de vida daqueles que têm na sua força de trabalho o único meio de subsistência, de modo que a edição da Convenção nº 95, ao

proteger o salário, fortalece o princípio contido na Declaração de Filadélfia de que o trabalho humano não é mercadoria e dá eficácia ao princípio da dignidade humana do trabalhador.

REFERÊNCIAS

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª edição. LTR: São Paulo, 2006.

GOMES, Orlando. **O Salário no Direito Brasileiro**. LTR: São Paulo, 1996.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil**. Juruá: Curitiba, 2013.

MORAIS FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 5ª edição. LTR: São Paulo, 1991.

NASCIMENTO, Amaury Mascaro. **Teoria Jurídica do Salário**. 2ª edição. LTR: São Paulo, 1997.

_____. **Curso de Direito do Trabalho, 5ª edição, LTR: São Paulo, 1987.**

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C173: Proteção dos Créditos Trabalhistas na Insolvência do Empregador**. Online. Disponível em <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242711/lang--pt/index.htm>. Acesso em 26 jan. 2019.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 2ª edição, LTR: São Paulo, 1987.

_____. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19ª edição. LTR: São Paulo, 2000.

DURAÇÃO DO TRABALHO

Daniela Mori

Juliana Petenate Salles

*Tempo, tempo, tempo, tempo
És um dos deuses mais lindos”*

Oração ao tempo.

Caetano Veloso

Sumário: 1. A OIT e as normas que tratam de tempo de trabalho: breves referências. 2. Duração do trabalho no Brasil: alguns apontamentos. 3. A duração do trabalho e a questão do gênero. 4. A experiência europeia: Portugal e Espanha. 5. Fiscalização da jornada de trabalho e os meios tecnológicos. 6. O futuro do trabalho e o tempo de trabalho.

1. A OIT e as normas que tratam de tempo de trabalho: breves referências.

O mundo, e em especial o mundo do trabalho, desde o surgimento da OIT, mudou profundamente, mas tal circunstância apenas fortalece sua importância e reforça a necessidade de sua atuação no cenário

internacional.

A criação de normas internacionais de trabalho, envolvendo governos, empregados e empregadores, com o fim de normatizar um modelo de trabalho num mundo socialmente civilizado, era a originária razão de ser da OIT nos idos de 1919.

Na esteira da paz e justiça social, a OIT adotou convenções que tratam da duração de trabalho direta ou indiretamente. Em vigor¹ estão a Convenção nº 6 que cuida do trabalho noturno dos menores; a Convenção nº 14 sobre descanso semanal na indústria; a Convenção nº 29 a respeito de trabalho forçado ou obrigatório traz regulamentação específica para limitação da duração do trabalho dos carregadores à distância que corresponda a oito horas de trabalho. Ao tratar de inspeção do trabalho, a Convenção nº 81 determina que o sistema assegure a aplicação das disposições legais relativas à duração do trabalho. Exige a

.....
1 Disponível em: [www.ilo.org/brasil/convencoes/lang--pt/index.htm]. Acesso em: 08.01.2019.

.....
Daniela Mori

Juíza do trabalho substituta, auxiliar da 89.ª vara do trabalho de São Paulo, especialista em direito processual civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Juliana Petenate Salles

Juíza do trabalho substituta, auxiliar da 7.ª vara do trabalho de São Paulo, especialista em direito do trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Convenção nº 94 a manutenção de registros adequados em que figurem o tempo de duração do trabalho efetuado pelos trabalhadores ao regram as cláusulas de trabalho em contratos com órgãos públicos. Já as interrupções do trabalho para fins de aleitamento, segundo a Convenção nº 103, que trata de amparo à maternidade, devem ser computadas na duração do trabalho e remuneradas como tais. A Convenção nº 147 com normas mínimas sobre a marinha mercante fala em obrigação dos Estados que a ratificarem em dispor de regras sobre a duração do trabalho a fim de resguardar a vida humana a bordo dos navios. Segundo a Convenção nº 171 sobre o trabalho noturno, a compensação aos trabalhadores noturnos em termos de duração do trabalho, a remuneração ou benefícios similares deverá reconhecer a natureza do trabalho em tais condições. E, por fim, a Convenção nº 189, com relação ao tema da jornada de trabalho dos empregados domésticos, traz questões importantes como o direito ao descanso semanal de 24 horas e igualdade de tratamento dos trabalhadores domésticos com relação aos direitos já garantidos aos demais trabalhadores.

E ao longo dos cem anos de existência, os membros da OIT, atualmente 187, formularam políticas e elaboraram programas promovendo o *trabalho decente*² de todos, homens e mulheres. No Brasil, ao ingressarem no ordenamento

2 Conceito formalizado pela OIT em 1999, “sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres obtenham um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável”. Disponível em: [www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm]. Acesso em: 08.01.2019.

jurídico, as convenções têm status de norma supralegal, assim desde o final de 2006 pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP³.

A maioria das convenções aprovadas pela OIT a respeito da duração da jornada de trabalho datam do século passado e dentre essas a maioria é da primeira metade do século XX.

Inegável a transformação social e do mundo do trabalho desde a edição de normas tão importantes para a garantia da dignidade dos trabalhadores. Nesse sentido, segundo Bravo-Ferrer, “los cambios en el mundo del trabajo han confirmado los objetivos de la OIT y han reforzado las razones por las que se creó y ha venido funcionando, sin perjuicio de la necesidad de adaptar sus fines y sus medios a un renovado entorno”⁴.

A duração do trabalho demanda intensa observação e atuação de órgãos de controle e fiscalização, incluindo organismos internacionais como a OIT, considerando a presente e cada vez mais intensa mundialização do trabalho, além das novas tecnologias a exigir posturas e adequações com vistas à garantia de condições decentes de trabalho.

Nos dias atuais, com tantas demandas por mais emprego, diante da crise econômica que assola o mundo nas últimas décadas, com redução de postos de trabalho, além da crise instalada em razão dos movimentos migratórios cada vez mais intensos e frequentes, o

3 STF, RE 466.343/SP, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJE 12.12.2008, j. 03.12.2008.

4 BRAVO-FERRER, Miguel Rodríguez-Piñero y. *Prólogo*. In: GIL, José Luis Gil y (Dir. y Coord.) *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante*. Madrid: Ediciones Cinca, 2018. p. 9.

tema da duração do trabalho não tem sido objeto de normativas ou estudos específicos recentemente.

A OIT, de certo modo, perdeu sua força como organismo agregador para previsão de condições mínimas de trabalho. Questões internas, política e a alteração da configuração mundial exigem posturas não integralmente alcançadas. Além disso, “la última crisis económica no ha supuesto un abandono por la OIT del objetivo del trabajo decente, aunque sí un enfoque más centrado en la creación del empleo, desde la idea de la profundidad de la crisis y del riesgo que puede suponer una recesión prolongada de los mercados de trabajo que amenace la estabilidad social”⁵.

O trabalhador é diretamente atingido pelos efeitos da globalização e do avanço da tecnologia da informação quando se trata da duração do trabalho. As grandes corporações têm alcance mundial, todos estão constantemente conectados pela rede mundial de computadores, inclusive no exercício de suas atividades, de modo que a estratégia do trabalho decente, lançada pela OIT em 1999, passa a integrar a proteção social, tendo em vista o desenvolvimento econômico e os interesses financeiros das empresas⁶.

Ainda assim, a comunidade internacional reconhece a implementação progressiva de “um sistema de promoção e proteção de direitos sociais, econômicos e políticos, no plano interno”⁷, mas além da vedação ao retrocesso

5 BRAVO-FERRER, Miguel Rodriguez-Piñero y . Op. cit, p. 13.

6 SERVAIS, Jean-Michel. *España y la OIT*. In: GIL, José Luis Gil y (Dir. y Coord.) *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante*. Madrid: Ediciones Cinca, 2018. p. 49.

7 SOUZA, Lucas Monteiro de. *A OIT e o processo*

dos direitos sociais, sendo a OIT figura sólida e importante para adoção de padrões mínimos de proteção da dignidade do trabalhador.

2. Duração do trabalho no Brasil: alguns apontamentos.

Observando as diretrizes da regulação do *tempo de trabalho* pela OIT, com vistas à dignidade do trabalhador, no Brasil, a regra mais básica e geral está estabelecida no artigo 4º da CLT, que considera como serviço efetivo para fins de cálculo da duração do trabalho o período em que o empregado estiver à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens. Os intervalos remunerados, por sua vez, também devem ser considerados como parte do *tempo de trabalho*.

Rejeitou, na regra geral, os critérios tempo de efetiva prestação de serviços e tempo despendido no deslocamento residência-trabalho (este último eleito pela CLT como exceção no artigo 238, §3º e de 19.06.2001 até a vigência da Lei nº 13.467/2017, no artigo 58, §2º). Adotou, ainda, os critérios especiais do tempo da prontidão, de sobreaviso (artigo 244, §§2º e 3º) e tempo residual à disposição (artigo 58, §1º).

A introdução pelo legislador ordinário do §2º ao artigo 4º pela Lei nº 13.415/2017 parece, à primeira vista, apresentar exceções à regra geral acima, na medida em que as hipóteses elencadas pelo legislador ordinário não serão computadas como períodos extraordinários,

.....
de internacionalização dos direitos humanos: a inclusão social e laboral e o não retrocesso dos Estados sociais. In: NAHAS, Thereza y ORTEGA, Fernando Fita (Coords.) *OIT 100 años: una visión de sus principios fundamentales desde el siglo XXI*. Pamplona: Thomson Reuters, 2018. p. 55.

caso excedam a jornada normal. Entretanto, de sua leitura, vê-se que as situações ali colocadas tratam de hipóteses em que o trabalhador não está, de fato, à disposição do empregador (por exemplo, quando está em momento de lazer ou envolvido em prática religiosa). Razoável concluir que somente não serão consideradas como *tempo de trabalho* as situações nas quais os empregados não estejam cumprindo ordem ou orientação do seu patrão.

Ao se considerar a relação estreita entre a remuneração paga e a duração do trabalho, conclui-se que a rejeição ao critério do tempo de efetiva transferência da força de trabalho como único componente da jornada não é absoluta em nosso ordenamento jurídico, uma vez que este permite o sistema de cálculo salarial estritamente por peça, de maneira que o valor do salário considerará apenas a produção do trabalhador (artigo 7º, VII, CF e artigo 78, CLT).

Igualmente, a contratação intermitente (artigo 443, §3º, da CLT) parece relativizar o critério eleito como regra geral, pois busca autorizar que o empregador remunere o trabalho apenas quando dele efetivamente precisar (artigo 452-A da CLT).

Quanto à duração do trabalho, nosso ordenamento jurídico prevê a limitação como direito constitucional, estabelecendo no artigo 7º, XIII da CF, os limites de 8 horas diárias e/ou 44 horas semanais de trabalho.

Além disso, têm relevo constitucional os direitos à remuneração do trabalho noturno superior a do diurno e a proibição de sua execução para os menores de dezoito anos (artigo 7º, IX e XXXIII); a jornada reduzida de seis horas diárias para os que trabalham em turnos ininterruptos de revezamento, podendo elasticê-la por meio de instrumento

coletivamente negociado (inciso XIV); ao repouso semanal remunerado (inciso XV); e ao adicional de horas extras de, no mínimo, 50% (inciso XVI).

A legislação infraconstitucional, por sua vez, prevê jornadas especiais ou regras diferenciadas de limitação da jornada, considerando peculiaridades de determinadas profissões ou categorias, como, por exemplo, bancários (artigo 224 da CLT), professores (artigo 318 da CLT, antes da alteração pela Lei nº 13.415/2017), artistas (artigo 21 da Lei nº 6.355/1978), trabalhadores do telemarketing (NR 17 do MTE), jornalistas (artigos. 303 e 304 da CLT), advogados (Lei nº 8.906/1994) e ferroviários (artigo 246 da CLT).

A CLT também trata do trabalho em regime parcial, com a possibilidade de pagamento de salário proporcional à sua jornada em relação aos empregados que cumprem, nas mesmas funções, tempo integral (artigo 58-A, §1º); intervalo intrajornada (artigo 71); intervalo entre jornadas (artigo 66); regulamenta o direito ao descanso semanal remunerado e feriados (artigos 67 a 70), além do trabalho noturno (artigo 73).

Complementando o arcabouço jurídico, a legislação pátria prevê pausas adicionais, como, por exemplo, a de 10 minutos para cada 90 de trabalho para os que executam serviços permanentes de mecanografia (artigo 72 da CLT); de 20 minutos a cada 1h40 para os que trabalham no interior de câmaras frigoríficas ou que movimentam mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio (artigo 253 da CLT); e as pausas estabelecidas nos artigos 384 e 396 da CLT, ambas inseridas no Capítulo III do Título III, dedicado à proteção do trabalho da mulher.

Diante da permissão de elastecimento dos limites de duração do trabalho e da quitação do sobrelabor por compensação pela Constituição Federal, estabeleceram-se alguns parâmetros, seja pela legislação ordinária, seja pela jurisprudência, a respeito de qual o tempo máximo permitido para a compensação e qual instrumento autorizador legitimaria a iniciativa.

A legislação atual flexibilizou as diretrizes estabelecidas pela Súmula nº 85 do Tribunal Superior do Trabalho⁸ e pela antiga redação do artigo 59, §2º da CLT, ao permitir a compensação dentro do mês e por mero acordo tácito (artigo 59, §6º da CLT); assim como autorizou a instituição de banco de horas com compensação dentro do período de seis meses mediante acordo individual escrito (artigo 59, §5º da CLT).

8 SUM-85 COMPENSAÇÃO DE JORNADA (inserido o item VI) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016

I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. (ex-Súmula nº 85 - primeira parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003).

II. O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. (ex-OJ nº 182 da SBDI-I - inserida em 08.11.2000).

III. O mero não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional. (ex-Súmula nº 85 - segunda parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário. (ex-OJ nº 220 da SBDI-I - inserida em 20.06.2001)

V. As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade "banco de horas", que somente pode ser instituído por negociação coletiva. Súmulas

VI - Não é válido acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, ainda que estipulado em norma coletiva, sem a necessária inspeção prévia e permissão da autoridade competente, na forma do art. 60 da CLT.

A possibilidade de compensação de jornada criou, na prática, outros limites diversos dos estabelecidos constitucionalmente como ordinários. Um exemplo é o trabalho em escala 12x36, na qual há trabalho de três horas além da jornada máxima constitucional, as quais são compensadas mediante descanso de 36 horas. Tal escala é prevista legalmente para o bombeiro civil (artigo 5º da Lei nº 11.901/2009), e comum no âmbito de algumas categorias a sua adoção por meio de norma coletiva⁹. E terminou por ser acolhida pelas mudanças legislativas da chamada *reforma trabalhista*¹⁰. A lei inovou ao permitir a sua adoção para qualquer categoria por mero acordo individual escrito, e ao autorizar, expressamente, a possibilidade de supressão do intervalo intrajornada desde que seja indenizado (artigo 59-A da CLT), afastando o legislador ordinário a relevância do descanso no desenvolvimento do trabalho.

Feita referência às previsões normativas e jurisprudenciais que regulam expressa e diretamente a matéria duração do trabalho, pontue-se, ainda, que existem diversos outros dispositivos que se relacionam intimamente com o tema, mas que não serão trazidos à baila tendo em vista o necessário corte para o direcionamento pretendido com esse trabalho. Tratam-se, principalmente, de normas que buscam proteger o direito ao lazer, à saúde, aos riscos de acidentes e desenvolvimentos de doença, ambiente do trabalho, valorização do homem trabalhador e de sua dignidade.

3. A duração do trabalho e a questão do gênero.

Na proteção dos direitos dos trabalhadores há importante análise a ser feita

9 Entre elas vigilantes, porteiros e profissionais de enfermagem, por exemplo.

10 Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

no que toca à relação da duração do trabalho e a questão de gênero. O Brasil, assim como algumas normativas da OIT, traz diferenças significativas para o cômputo e a remuneração do tempo de trabalho da mulher.

A propósito, importante característica da relação entre a duração do trabalho e gênero encontra registro na pausa do artigo 384 da CLT, de 15 minutos entre o término da jornada regular e a extraordinária, prevista exclusivamente para as mulheres, e cuja observância na realidade do cotidiano laboral não era comum, suscitou divisão na doutrina e jurisprudência e discussões das mais diversas. Debateu-se acerca da sua recepção pela Constituição de 1988, se seria aplicável aos homens ou se tratava-se de uma ação afirmativa voltada à proteção das mulheres, com o escopo de transpor as esferas abstratas e tornar factível a igualdade, no caso, de gênero. A jurisprudência do TST consolidou-se em 17.11.2008, quando o Pleno do Tribunal ao apreciar o Incidente de Inconstitucionalidade em Recurso de Revista n.º TST-IIN-RR-1540/2005-046-12-00.5, entendeu que o referido dispositivo foi recepcionado pela CF¹¹.

11 MULHER. INTERVALO DE 15 MINUTOS ANTES DE LABOR EM SOBREJORNADA. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA CLT EM FACE DO ART. 5.º, I, DA CF. 1. O art. 384 da CLT impõe intervalo de 15 minutos antes de se começar a prestação de horas extras pela trabalhadora mulher. Pretende-se sua não recepção pela Constituição Federal, dada a plena igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres decantada pela Carta Política de 1988 (art. 5.º, I), como conquista feminina no campo jurídico. 2. A igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, não escapando ao senso comum a patente diferença de compleição física entre homens e mulheres. Analisando o art. 384 da CLT em seu contexto, verifica-se que se trata de norma legal inserida no capítulo que cuida da proteção do trabalho da mulher e que, versando sobre intervalo intrajornada, possui natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade (cfr. Orientação Jurisprudencial 342 da

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, encerrou a discussão sobre a questão ao decidir no mesmo sentido.¹²

Tal regra não foi reproduzida pela Lei nº 13.467/2017, todavia a discussão referente à sua aplicabilidade, de certa forma, alcança os pontos de vista e argumentos que envolvem a reflexão acerca de outras normas que contêm ações afirmativas com vistas ao combate à discriminação de gênero.

Outro exemplo de pausa devida durante a jornada como medida de proteção ao trabalho da mulher está previsto no artigo 396 da CLT, que

.....
SBDI-1 do TST). 3. O maior desgaste natural da mulher trabalhadora não foi desconsiderado pelo Constituinte de 1988, que garantiu diferentes condições para a obtenção da aposentadoria, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária para as mulheres (CF, art. 201, § 7.º, I e II) . A própria diferenciação temporal da licença-maternidade e paternidade (CF, art. 7.º, XVIII e XIX; ADCT, art. 10, § 1.º) deixa claro que o desgaste físico efetivo é da maternidade. A praxe generalizada, ademais, é a de se postergar o gozo da licença-maternidade para depois do parto, o que leva a mulher, nos meses finais da gestação, a um desgaste físico cada vez maior, o que justifica o tratamento diferenciado em termos de jornada de trabalho e período de descanso. 4. Não é demais lembrar que as mulheres que trabalham fora do lar estão sujeitas a dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas quando retornam à casa. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher. 5. Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensão inconstitucionalidade do art. 384 da CLT. Incidente de inconstitucionalidade em Recurso de Revista rejeitado (TST-IIN-RR-1540/2005-046-12-00, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho, DJ 13.02.2009).

12 STF, RE 658.312, Rel. Min. Dias Tóffoli, j. em 27.11.2014.

concede direito a dois descansos de meia hora cada e durante a jornada para amamentação. É considerada uma ação afirmativa voltada à proteção do gênero feminino e ao seu direito ao mercado de trabalho (artigo 7º, XX, da CF). Busca garantir a efetividade do direito fundamental ao trabalho, evitando que a trabalhadora tenha de optar entre a maternidade e a continuidade da relação de emprego, propiciando, para tanto, proximidade do recém-nascido, oportunidade de aleitamento conforme a necessidade biológica da criança, no mínimo.

Ilustrativamente, ainda no que toca ao regramento do trabalho da mulher, mencione-se a Convenção nº 89 da OIT, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 41.721/1957, que proíbe às mulheres de serem empregadas durante a noite em empresa industrial, excetuadas aquelas em que laboram apenas os membros de uma mesma família, que ocupem cargo de direção ou de natureza técnica, ou que atuem em serviços de higiene e bem estar que não executem normalmente trabalho manual. Prevê, ainda, situações excepcionais em que não será aplicada e até ocasiões em que poderá ser suspensa¹³.

13 “Art. 3 — As mulheres, sem distinção de idade, não poderão ser empregadas durante a noite, em nenhuma empresa industrial, pública ou privada, ou em dependência de uma dessas empresas, excetuadas as empresas onde somente são empregados membros de uma mesma família.

Art. 4 — O art. 3 não será aplicado:

a) em caso de força maior, quando em uma empresa se produza uma interrupção de exploração impossível de prever e que não seja de caráter periódico;

b) no caso em que o trabalho se faça com matérias-primas ou matérias em elaboração, que sejam suscetíveis de alteração rápida, quando esse trabalho noturno é necessário para salvar tais matérias de perda inevitável.

Art. 5 — 1. Quando, em razão de circunstâncias particularmente graves, o interesse nacional o exigir, a interdição do trabalho noturno das mulheres poderá ser suspensa por decisão do governo, depois de consulta

A diferenciação de regras de duração do trabalho de acordo com o gênero tem recebido críticas de um lado e elogios por outro. Diante de normas como essas, de forma pertinente, pesquisadores do Programa de Condições de Trabalho e Emprego da OIT, ao elaborarem um estudo sobre jornada, legislação e políticas numa perspectiva global comparada, buscam responder o porquê dos ajustes de duração do trabalho e de jornada das mulheres diferirem daqueles relativos aos homens e quais são as implicações dessas diferenças para a igualdade de gênero.

Um dos fatores que os pesquisadores apontam para justificar a diferenciação e que tem sido apresentado há tempos como fundamento em decisões¹⁴ é de que as mulheres cumprem a chamada *dupla jornada*, ou seja, após cumprir a jornada de trabalho remunerado executam tarefas não remuneradas em seus lares, de modo que ficariam mais fatigadas que os homens trabalhadores, sendo as pausas

.....
às organizações de empregadores e de empregados interessadas.

Tal suspensão deverá ser notificada ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, pelo governo interessado em seu relatório anual sobre a aplicação da Convenção.

Art. 6 — Nas empresas industriais sujeitas às influências das estações, e em todos os casos em que circunstâncias excepcionais o exigirem, a duração do período noturno, indicado no art. 2, poderá ser reduzida há dez horas durante sessenta dias do ano.

Art. 7 — Nos países em que o clima torne o trabalho diurno particularmente penoso, o período noturno pode ser mais curto que o fixado nos artigos acima, com a condição de ser concedido um repouso compensador durante o dia.

art. 8 — A presente convenção não se aplica:

a) às mulheres que ocupam postos de responsabilidade de direção ou de natureza técnica;

b) às mulheres ocupadas em serviços de higiene e bem-estar que não executem normalmente trabalho manual”.

14 Por exemplo, as decisões que reconhecem o direito ao intervalo outrora previsto no artigo 384 da CLT.

especiais e as restrições às condições de labor mais desgastantes, medidas necessárias para a proteção de sua saúde e integridade física e psicológica.

A crítica a essa postura se fundamenta no fato de que as responsabilidades familiares e domésticas atualmente seriam compartilhadas devido à tomada de consciência dos homens de seu papel quanto a afazeres domésticos e cuidados com os membros da família, principalmente os filhos, de modo que as regras diferenciadas de *tempo de trabalho* para as mulheres não mais se justificariam nos tempos atuais. Por consequência, a manutenção de medidas discriminatórias em contextos históricos diferenciados daqueles nos quais a norma emergiu, que não mais demandariam a proteção, configuraria verdadeira injustiça e violação à igualdade.

Entretanto os dados indicam que a realidade da *dupla jornada* das mulheres não foi superada, porque “(...) apesar do aumento de sua participação no trabalho remunerado, as mulheres continuam a arcar com a responsabilidade básica do trabalho familiar *não remunerado*, tanto nas tarefas domésticas (por exemplo, cozinhar, limpar) quanto na prestação de cuidados aos membros da família. No que tange a esses cuidados, por exemplo, pesquisa recente baseada em estudos sobre a utilização do tempo em países industrializados indica que as mulheres continuam a exercer, ampla e majoritariamente, a assistência à infância no seio das famílias (COMISSÃO EUROPEIA E EUROSTAT, 2003; ILAHI, 2001). E, apesar de os dados abrangentes sobre a utilização do tempo não estarem disponíveis na maioria dos países em desenvolvimento, quando eles existem os resultados podem ser

verdadeiramente esclarecedores. Por exemplo, no Brasil, um levantamento de âmbito nacional sobre as mulheres realizados em 2001 pela Fundação Perseu Abramo verificou que em 96% de todas as famílias brasileiras cabia às mulheres a responsabilidade primária pela execução das tarefas domésticas e que 57% das mulheres com parceiros (casadas ou não) foram entrevistadas disseram que eles não tinham realizado *nenhuma* tarefa doméstica na semana anterior (SORJ, 2004: 25). A diferença de horas médias que as mulheres tinham devotado às tarefas domésticas, em comparação aos parceiros, era surpreendente: as mulheres declararam despende uma média de 48 horas por semana em tarefas domésticas, enquanto seus parceiros homens empregaram apenas 5,6 horas em tais afazeres – e, portanto, a diferença em trabalho doméstico equivale a uma jornada semanal remunerada (44 horas) naquele país (IBID).”¹⁵

Outros dados obtidos no período de 1995 a 2015 denunciam a permanência da desigualdade das responsabilidades quanto aos cuidados dos membros da família e responsabilidades domésticas nos lares brasileiros segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Entre as mulheres com mais de 16 anos, 87,6% dizem realizar trabalhos domésticos; quantos aos homens, tratam-se de apenas 45,8%. E, entre as mulheres com 10 anos de idade ou mais, o número médio de horas semanais dedicado ao trabalho doméstico é de 23,8 horas, portanto, mais do

15 Duração do Trabalho em Todo o Mundo: Tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada / Sangheon Lee, Deirdre McCann e Jon C. Messenger; Secretaria Internacional de Trabalho. – Brasília: OIT, 2009. p. 85.

que o dobro dos homens, de 10,1 horas¹⁶.

O problema não é exclusivo da sociedade brasileira. Os pesquisadores da OIT, em seus estudos, coletaram inúmeras informações e atestam que mesmo “que se faça uma comparação restrita aos que exercem trabalho remunerado, as conclusões são semelhantes; por exemplo, os resultados de um levantamento sobre a utilização do tempo realizado na República da Coréia em 1999 mostraram que as mulheres trabalhadoras gastavam uma média de duas horas e meia por dia em tarefas domésticas e assistência à família, em cotejo com apenas 25 minutos despendidos pelos homens trabalhadores (YOON: 92).”¹⁷

Parece, assim, que o argumento que justifica a adoção de ações afirmativas voltadas à proteção do gênero feminino e regras diferenciadas concernentes à duração do trabalho permanece presente. Isso não significa, contudo, a defesa de determinadas medidas já existentes em nosso ordenamento jurídico ou no plano normativo internacional, sendo necessário analisar se atenderá ao objetivo de tornar concreta a igualdade material consagrada no ordenamento pátrio no artigo 5º, I, combinado com o artigo 3º, I e III, ambos da Constituição Federal; além dos artigos 1º, 2º e 7º da Declaração Universal de 1948.

Nesse sentido, cite-se a conclusão apresentada em 2011 pela Comissão de Peritos da OIT, a respeito da restrição geral ao cumprimento de horas extras na legislação da República da Coréia, de que a medida acabaria

por penalizar indevidamente as mulheres no mercado de trabalho, porque sem ligação com a proteção da maternidade prevista pela Lei sobre as Normas Trabalhistas daquele país:

“Em uma observação de 2006, subsequente a emendas à legislação, a Comissão notou com satisfação que a Lei sobre Normas Trabalhistas, tal como emendada, limitava as horas extras, no caso de mulheres que haviam dado à luz, por apenas um ano subsequente ao parto.”¹⁸

A apresentação de soluções mais adequadas à redução das desigualdades de gênero nas relações trabalhistas exige uma análise balizada por um lado pelo cuidado para o quadro de tratamento normativo diferenciado estar em conexão com a realidade cultural e econômico-social em que a trabalhadora se encontra, a fim de evitar discriminações injustas, e, por outro, pela constatação de que existem diferenças práticas entre a experiência dos homens e das mulheres no mercado de trabalho, e também das atuais condições e necessidades das mulheres.

Cabe questionar quais seriam os problemas que vêm enfrentando, quantas horas de trabalho estariam aptas a cumprir, a depender do contexto cultural e sócio econômico em que estão inseridas, quais os horários que estariam disponíveis para exercer suas atividades profissionais, que pausas seriam medidas úteis para atender determinadas especificidades.

16 BIROLI, Flávia. *Gênero e desigualdades: os limites da democracia no Brasil*. 1ª Ed. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 40.

17 LEE, Sanheon, Deirdre McCann e Jon C. Messenger. Op. Cit. p. 85.

18 Direito Internacional do Trabalho e Direito Interno. Manual de Formação para Juizes, Juristas e Docentes em Direito, editado por Xavier Beaudonnet - Centro Internacional de Formação da OIT, 2010, traduzido para português pela ANAMATRA, p. 161.

Tais mecanismos compensatórios traduzem ações afirmativas implementadas pelo Poder Público porque “com um enunciado peremptório, estampado em tantas Constituições e Declarações de que “todas as pessoas são iguais”, a primeira sensação é de uma certa insinceridade”¹⁹ e, como continua Oscar Vilhena Vieira, “que homem e mulher são naturalmente diferentes, não cabe qualquer discussão. Mas o fato de que, em função dessa diferença de gênero, eles devem ocupar posições hierarquicamente distintas é uma construção política e cultural de determinada sociedade”²⁰

4. A experiência europeia: Portugal e Espanha.

“Toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas”²¹. A importância da duração do trabalho vem exposta no artigo 24 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que completou 70 anos em 2018.

Com a experiência, a humanidade percebeu que as jornadas extensas de trabalho afetam além da saúde do trabalhador. Seu rendimento é reduzido, repercutindo em toda a cadeia produtiva e permitindo evidente impacto negativo no resultado da empresa, em razão do esgotamento físico²².

19 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF*, 1ª edição. São Paulo: Malheiros Editores., 2006, p. 281.

20 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, p. 281.

21 [www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por]. Acesso em 18.01.2019.

22 PRIORE, Claudia A. *La jornada de trabajo em los convênios 1 y 30 de la OIT. Es necesario desarrollar*

E o ser humano, além disso, necessita de tempo livre, seja para sua vida familiar, social, para o lazer, educação ou para a finalidade de seu interesse, inclusive o ócio. Por isso a normatização da duração do trabalho, com previsão de limite máximo de jornada de trabalho e períodos obrigatórios de descanso, é matéria regulada em muitos países.

A União Europeia previu na Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro de 2003, alguns aspectos da organização do *tempo de trabalho* a ser observada pela legislação dos países membros, considerando, dentre tantos pontos, o fato de que a “melhoria da segurança, da higiene e de saúde dos trabalhadores no trabalho constitui um objetivo que não se pode subordinar a considerações de ordem puramente económica”²³.

Para tanto, define *tempo de trabalho* como sendo “qualquer período durante o qual o trabalhador está a trabalhar ou se encontra à disposição da entidade patronal e no exercício da sua atividade ou das suas funções, de acordo com a legislação e/ou a prática nacional”. O período de descanso é qualquer período que não se enquadre como *tempo de trabalho*, enquanto o período noturno, em regra, é aquele de mais de sete horas e que inclua sempre o intervalo entre as 24 horas e as 5 horas. E estabelece que os países membros tomarão as medidas necessárias para que a duração média do trabalho semanal não exceda 48

.....
um nuevo concepto de jornada? In: VIOR, Andrea Garcia (Coord.) *La jornada de trabajo*. Buenos Aires: Errepar, 2011. p. 36.

23 Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1547989125538&uri=CELEX:32003L0088]. Acesso em 20.01.2019.

horas, incluídas as horas extraordinariamente trabalhadas (artigo 6º).

O Tribunal das Comunidades atuou, desde então, de forma a estabelecer que os conceitos básicos de *tempo de trabalho* e de descanso têm um alcance comunitário, de tal modo que os Estados membros não podem excluir livremente certos coletivos de pessoas tampouco determinadas situações²⁴ ou, ainda, reduzir a proteção da segurança e da saúde dos trabalhadores.

Mas, no fundo, a Diretiva 2003/88/CE recorre a uma técnica jurídica de interesse, consistente em incentivar aos Estados membros a utilização de gestão flexível do *tempo de trabalho* através de negociação coletiva (artigo 18)²⁵.

Há tantas outras Diretivas aprovadas sobre o tema *tempo de trabalho*, direcionadas, na maioria, para categorias específicas de trabalhadores, mas todas privilegiam a definição contida na Diretiva 2003. Até o momento as tentativas de revisão do previsto nesta norma não passam de considerações a respeito das modificações das condições de trabalho. Antes a Europa reduzia jornada para manter e criar mais empregos. Atualmente a preocupação tem se direcionado para a satisfação do mundo empresarial, com a possibilidade de flexibilização do *tempo de trabalho* a critério da demanda do empregador.

Contudo, nada foi aprovado em tal sentido. Como regra de saúde e segurança, o *tempo de trabalho* está relacionado diretamente

com a dignidade do trabalhador. E “os casos difíceis que a dignidade da pessoa humana é chamada a ajudar a resolver são também casos de direitos fundamentais ou, pelo menos, situações em que, de um ou do outro lado do conflito, estão ou podem ser invocados direitos fundamentais. Não admira, assim, que, sendo a dignidade da pessoa humana fundamento do estado de Direito e, por isso mesmo, também simultaneamente fundamento dos direitos que nele garantem a liberdade, a autonomia e o bem estar dos cidadãos, isto é, sendo a dignidade da pessoa humana fundamento dos direitos fundamentais, ela surja recorrentemente invocada como defesa e reforço das posições jusfundamentais dos cidadãos e, eventualmente, pelas duas partes envolvidas no conflito”²⁶.

Apesar das tentativas, a proteção do trabalhador prevalece como forma de manutenção das condições definidas na expressão *tempo de trabalho*. Mas os empregadores têm levantado a possibilidade de flexibilização da distribuição da jornada de trabalho ao invés da redução da jornada sempre perseguida pelos trabalhadores.

E a definição do *tempo de trabalho* com base na disponibilidade do trabalhador perante o empregador é uma formulação mais abrangente do que o critério da atividade efetiva, pois incorpora ao conceito aqueles períodos em que subsiste o direito de o empregador exigir a prestação da atividade pelo empregado, permanecendo o empregado à disposição de modo permanente.

Em Portugal é considerado *tempo de*

24 Comentário em PEREIRO, Jaime Cabeza. *Las fuentes reguladoras de la jornada de trabajo*. IN Joaquín Aparicio Tovar y Juan López Gandía (Coord.). *Tiempo de trabajo*. Abacete: Editorial Bomarzo, 2007. p. 14.

25 PEREIRO, Jaime Cabeza. *Op. cit.*, p. 21.

26 NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana, volume I*, 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2018, p. 13.

trabalho “qualquer período durante o qual o trabalhador exerce atividade ou permanece adstrito à realização da prestação” (Código do Trabalho, artigo 197º, 1)²⁷.

No artigo 200º, o Código de Trabalho Português prevê que o horário de trabalho define a distribuição do período normal de trabalho diário e do intervalo de descanso, bem como do descanso semanal. E as limitações da duração do trabalho vem dispostas no artigo 203º, no item 1, não podendo, em regra, exceder oito horas por dia e 40 horas por semana, com tolerância de 15 minutos (item 3), permitida a redução por instrumento coletivo, mas sem a redução da retribuição dos trabalhadores (item 4).

No ordenamento português, tais limites legais são tidos por garantias individuais, “o que significa que, com ressalva para os desvios contemplados na lei, não é possível a nível de instrumentos de regulamentação coletiva ou de contrato de trabalho estabelecer derrogações *in pejus*; por isso, as cláusulas dos contratos de trabalho ou das convenções coletivas de trabalho que consagrem períodos normais de trabalho superiores aos limites legais devem considerar-se nulas, por contrárias à lei, e substituídas pela correspondente norma legal ou disposição de convenção coletiva (na hipótese de esta estabelecer um período de trabalho inferior ao limite máximo permitido por lei)”²⁸.

Também permite a lei *acordos de adaptabilidade*, tanto coletivos quanto individuais, em que empregado e empregador podem, por acordo, definir o período normal de

trabalho em termos médios. O aumento normal de trabalho diário pode ser de até duas horas e até que o semanal atinja 50 horas. Se houver redução, esta fica limitada a duas horas diárias e à manutenção da refeição. E há alguns requisitos formais e procedimentos para validação do acordo entre as partes, inclusive o acordo em grupo, cujo conjunto de trabalhadores da estrutura econômica envolvida não pode ser inferior a 60%.

A jornada extraordinária encontra limite em número de horas previsto no artigo 228º do Código do Trabalho português e assume caráter de ordem social porquanto são nulos os acordos em que o empregador se comprometa a proporcionar um certo número de horas suplementares durante um certo período. Porque o objetivo do legislador é a limitação do tempo dedicado ao trabalho, considerando todas as implicações que tem na vida do trabalhador e, por consequência na vida em sociedade.

Na Espanha, por sua vez, a partir do final da década de 1990, à perspectiva de controle e redução do *tempo de trabalho* passou a ser acrescentado outro fator, além da proteção da saúde e elevação do valor do trabalho em si. A redução da jornada de trabalho passou a ser tratada como medida de política de emprego para possibilitar a contratação de novos trabalhadores, como espécie de repartição de emprego, em razão das altas taxas de desemprego que assolavam o continente europeu. Como as pretensões mantinham o salário recebido pelo emprego e havia repartição tão somente do *tempo de trabalho*, as discussões não prosperaram porque as frentes políticas e jurídicas terminaram por entender que tal formato, em toda sua

27 FERNANDES, Francisco Liberal. *O tempo de trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 17.

28 FERNANDES, Francisco Liberal. *Op. Cit.*, p. 63.

complexidade, apenas aumentaria a taxa de desemprego ao longo do tempo, na medida em que sobrecarregaria as empresas que não estariam autorizadas a reduzir o salário pago²⁹.

O Estatuto dos Trabalhadores espanhol desde 1983 prevê jornada de trabalho semanal de 40 horas semanais, considerando o *tempo de trabalho* efetivo (artigo 34.1) e mediante negociação coletiva permite a distribuição da jornada de forma irregular durante um período de um ano. Uma espécie de banco de horas, mas não é permitida jornada diária superior a nove horas (artigo 34.3)³⁰. E as pausas, em regra, não são consideradas como *tempo de trabalho*, a não ser que assim estabeleçam empregado e empregador.

Ao regular a distribuição da jornada de trabalho, a legislação espanhola privilegia dois pilares. O primeiro deles é a permissão para uma distribuição irregular da jornada de trabalho, favorecendo os interesses empresariais, ainda que somente possa ser efetivado por pactos coletivos ou individuais. Já o segundo princípio que observa a legislação é o fato de que o *tempo de trabalho* está intrinsecamente ligado a parte do contrato de trabalho (jornada e modificação do salário) e envolve algo essencial para o trabalhador, que é a delimitação entre *tempo de trabalho* e tempo livre³¹.

Considerar que o trabalhador vende um determinado número de horas de trabalho por ano permite que o restante do tempo

ele considere tempo seu e programe-se para o que for do seu interesse, retirando o trabalho do centro de sua vida. A flexibilidade da regulação da jornada de sempre, porém, deve estar acompanhada da necessidade de acordo coletivo ou individual, com a garantia de direitos mínimos, como forma de garantia a razoabilidade.

5. Fiscalização da jornada e os meios tecnológicos.

Não obstante a duração da jornada, há a necessidade para equilíbrio e garantia da proteção da relação de trabalho, da fiscalização do *tempo de trabalho*. No Brasil, a reflexão sobre a disparidade entre as regras e a realidade fática se problematiza de forma mais recorrente em três situações: a do trabalhador externo, a do empregado que ocupa cargo de confiança e, mais recentemente, devido às alterações concretas das formas de organização de trabalho que se viabilizam e se concretizam no contexto de avanços tecnológicos, a do teletrabalhador.

É obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída para os estabelecimentos que contêm com mais de dez trabalhadores, consoante regra imposta pelo legislador ordinário (§ 2º do artigo 74 da CLT). Já a forma de se realizar a fiscalização e controle foi disciplinada por normas expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego que sofreram alterações ao longo dos anos.

Após tentativa de obrigar ao registro eletrônico do ponto, a regulamentação foi alterada para permitir a adoção de sistemas alternativos de controle, sob o argumento de que há universalidade dos empregadores inviabilizando a previsão de regra única para

29 CARACUEL, Manuel Ramón Alarcón, *La jornada ordinaria de trabajo y su distribución*. IN Joaquín Aparecido Tovar y Juan López Gandía (Coord.). *Tiempo de trabajo*. Abacete: Editorial Bomarzo, 2007. p. 43.

30 [<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>]. Acesso em 23.01.2019.

31 CARACUEL, Manuel Ramón Alarcón. *op. cit.* p. 50.

abarcar tamanha variedade de situações.³²

O que se discute, basicamente, é a possibilidade ou não de fiscalização e controle de jornada, e, a depender do diagnóstico, o empregado que se enquadra nesta hipótese excepcional – impossibilidade do controle e fiscalização –, não terá direito aos limites de duração do seu trabalho. No caso do trabalhador externo, tal conclusão decorre de leitura expressa da lei, exigindo-se que, além de externo, não seja viável a fiscalização da jornada.

Certo que a tecnologia da informação e sua disseminação permitem amplo acesso aos cidadãos dos instrumentos necessários à fiscalização, afastando qualquer afirmação de impossibilidade de controle. A obrigação de fiscalização do *tempo de trabalho* é atualmente facilitada pelos avanços tecnológicos, não sendo possível o empregador simplesmente alegar a mera ausência de fiscalização. Ao revés, a premissa é da impossibilidade da existência de controle. Aliás, a jurisprudência do TST é pacífica neste sentido³³, apenas oscilando quanto a

32 Inicialmente a Portaria nº 1.510 de 2009 do MTE estabeleceu que o equipamento de automação REP (Registrador Eletrônico de Ponto) era o meio obrigatório a ser utilizado a partir de 02.04.2012. A Portaria nº 373 de 2011, por sua vez, permitiu a adoção pelos empregadores de sistema alternativos de controle de jornada de trabalho, desde que autorizados por convenção ou acordo coletivo de trabalho.

33 Ilustrativamente, TST-E-RR-45900-29.2011.5.17.0161, SBDI-I, rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, 23/2/2017; AgR-E-Ag-RR-1019-06.2010.5.09.0005, SBID-1, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 19/5/2017; ARR-20357-96.2014.5.04.0026, 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 3/3/2017; AIRR-526-87.2014.5.09.0005, 5ª Turma, Relator Ministro Antonio José de Barros Levenhagen, DEJT 20/5/2016; RR-127000-27.2008.5.04.0305, 7ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 29/4/2016; AIRR-10448-16.2013.5.05.0033, 4ª Turma, Relator Ministro João Oreste Dalazen, DEJT 27.05.2016.

aspectos relativos ao encargo probatório.

Já no caso dos ocupantes de cargo de confiança (artigo 62, II da CLT) e dos empregados em regime de teletrabalho (artigo 62, III da CLT), outras interpretações surgem nas diretrizes jurisprudenciais, já que não há expressa menção à condição de impossibilidade de fiscalização do *tempo de trabalho* para a exclusão das regras de duração do trabalho.

No tocante ao cargo de confiança, apesar de existir tese que interpreta o artigo 62 II da CLT, em sua literalidade, há corrente significativa³⁴ que entende que, ao se adotar uma interpretação sistemática, considerando o ordenamento jurídico no qual está incluído, notadamente o artigo 7º, XIII da CF, os empregados ocupantes de cargo de confiança somente estarão excluídos do regimento do capítulo II (Da Duração do Trabalho) se não houver possibilidade de controle do *tempo de trabalho*. Parte-se de uma lógica de que o inciso II contém mera presunção e não discriminação legal.³⁵

O mesmo raciocínio pode ser adotado quanto à ressalva introduzida pela Lei nº 13.467/2017, referente ao teletrabalhador, ao

34 Mencione-se também que há uma corrente diametralmente oposta à exclusão dos empregados ocupantes de cargo de confiança do regramento das normas inseridas no capítulo “Da Duração do Trabalho” que opina pela inconstitucionalidade do art. 62, II, da CLT. A tese que nunca foi acolhida pela jurisprudência majoritária. Quanto ao art. 62, III, da CLT, alguns estudos mais recentes da reforma da CLT dada pela Lei nº 13.467/2017 também têm apontado suposta afronta à Constituição, parecendo tomar o mesmo rumo da discussão referente à compatibilidade com o texto constitucional da exclusão dos altos empregados dos direitos do Capítulo da Duração do Trabalho da CLT.

35 Trata-se da posição defendida pelo Ministro do C.TST Maurício Godinho Delgado - Curso de Direito do Trabalho. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 877/878.

incluir o inciso III ao artigo 62 da CLT.³⁶ Apesar de os estudos sobre o dispositivo em comento estarem em fase de desenvolvimento, e de não existir posição dos Tribunais consolidada a respeito, a doutrina e jurisprudência há tempos têm refletido sobre as condições do teletrabalhador e apresentado pontuações que não podem deixar de ser consideradas³⁷.

Uma delas é de que o lugar em que é realizada a prestação de serviços só poderá impactar no tratamento jurídico dado aos empregados se influenciar – e na medida em que se der tal afetação – a condição da execução do labor, gerando efetiva diferença neste aspecto, sob pena de se criar discriminação injusta, vedada por nosso texto constitucional.

A propósito, pode-se dizer que a Convenção nº 177 da OIT – que, apesar de não tratar do teletrabalhador de forma geral, refere-se a uma espécie de trabalhador à distância, qual seja, o trabalhador em domicílio, – acolhe tal preocupação ao colocar que a política nacional sobre o tema deverá promover a igualdade de tratamento entre esses trabalhadores e os demais, tendo em conta suas características particulares. E essa pontuação reforça a tese que há mera presunção de ausência de controle.

Tal controle, como já exposto, tem sido viabilizado pelas novas tecnologias, que criam diversos meios de cômputo das atividades do trabalhador, inclusive quando o trabalho se desenvolve à distância. Há condições de controle

36 GODINHO DELGADO, Maurício e DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil : com os comentários à Lei n. 13.467/2017 – São Paulo : LTr, 2017.p.133 e 138.

37 As pontuações indicadas neste item foram feitas, em parte, a partir dos ensinamentos de Alice Monteiro de Barros, expostos no capítulo “Trabalhadores a Distância,” de sua obra Curso de direito do trabalho – 5ª Ed. – São Paulo : LTr, 2009. pp. 320/339.

do tempo em que são executadas, quanto às pausas, intervalos, descansos e cadência das atividades. Por exemplo, há experiências de vídeo fiscalização, conexão direta e instantânea pelo computador ou *notebook* do empregado com o centro de dados da empresa, aplicativos e *softwares* criados com o intuito de consignar início e fim da jornada com conexão ao terminal do trabalhador, dentre outras técnicas que avançam com considerável rapidez.

Vale destacar a Diretiva 2014/67/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15.05.2014, que para estabelecer mecanismos de controle do *tempo de trabalho* dos trabalhadores destacados numa prestação de serviço nos países membros, obriga à conservação em papel ou em formato eletrônico, registros de tempos de trabalho com indicação do início, do fim e da duração do *tempo de trabalho* diário, e comprovativos do pagamento de salários ou cópias de documentos equivalentes, durante todo o período de destacamento (artigo 9º, 1, b)³⁸

Outro meio indireto de controle, bastante usual em virtude da recorrência da estipulação e cobrança de metas no mundo do trabalho, é o controle da produtividade do trabalhador, já que o resultado exigido e apresentado pode indicar com certa clareza o tempo de execução das atividades.

Considerando a submissão intensa a todo tipo de controle sem o correspondente reconhecimento legal e formal destas modalidades de fiscalização, tem-se que os trabalhadores em questão tendem a trabalhar

38 Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1547840956566&uri=CELEX:32014L0067]. Acesso em 18.01.2019.

cada vez mais, todavia, sem que a literalidade da lei os proteja garantindo a observância dos limites legais de duração do trabalho.

O desafio a enfrentar na necessária reflexão quanto às possibilidades de se realizar o controle do *tempo de trabalho*, deve considerar a correlação entre o cumprimento de jornadas extensas e a ocorrência de acidentes e desenvolvimento de doenças; e também às peculiaridades que estão presentes nas atividades desses empregados. A busca por uma solução mais adaptada às condições de tais trabalhadores e que, ao mesmo tempo, atenda à necessidade de protegê-los do labor excessivo e nocivo à saúde, demanda criatividade e o reconhecimento de que os métodos de fiscalização tradicionais não dão conta de uma parcela de trabalhadores que se ativam em condições específicas.

Faz-se necessário, assim, desenvolver uma reflexão profunda, crítica, e de certa forma, não conformista com soluções simplistas. Ao enfrentar tais dificuldades, deve o intérprete lembrar que é seu dever situar as normas no contexto temporal em que serão aplicadas, atualizando seu significado linguístico, já que não existe autonomia da forma jurídica em relação ao mundo social, ou seja, uma visão engessada, tradicional e presa ao passado das condições em que o trabalho é exercido. A busca é para compatibilização da legislação justtrabalhista, quando for o caso, às relações contemporâneas de labor.

6. O futuro do trabalho e o tempo de trabalho.

O impacto das novas tecnologias, o envelhecimento da população, os fluxos migratórios e os novos rumos da globalização

e seus efeitos sobre a produção e o emprego refletem nas mudanças das relações de trabalho. E na persistente e inevitável tentativa de equilíbrio entre capital e trabalho, deve-se privilegiar o não retrocesso social.

O cenário econômico do tempo presente foi sacudido por importantes mudanças que se projetaram, de modo necessário e com consequências relevantes, sobre o sistema de relações de trabalho e seu marco institucional³⁹.

Manuel Carlos Polomeque López indica três processos, relacionados entre si, que explicariam a tão complexa situação atual: a informatização e a robótica, um novo âmbito territorial para o desenvolvimento dos sistemas produtivos e os efeitos permanentes das crises econômicas.

A informatização e a robótica como a primeira circunstância, produziu significativa alteração das configurações da organização produtiva empresarial. Para o autor, *“las nuevas tecnologías de la información y la comunicación – las TICs y la utilización generalizada de internet -:que han transformado verdaderamente – frente al modelo industrial hasta hace poco dominante – las formas de prestación del trabajo y de la organización produtiva empresarial y, al fin, la propia fisonomía de las relaciones de trabajo asalariado y las condiciones em que estas se llevan a cabo”*⁴⁰.

A segunda, um novo âmbito territorial para o desenvolvimento dos sistemas produtivos e, por consequência, das relações de trabalho. A globalização impôs novas formas

39 LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. *El derecho del trabajo frente a las transformaciones de la empresa*. IN Wilfredo Sanguineri Raymond e Juan Bautista Vivero Serrano (Dir.). *Impacto laboral de las redes empresariales*. Granada: Editorial Comares, 2018. p. 5.

40 LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. *op. cit.* p. 5.

de competição entre as empresas, dissipando as produções nacionais ou locais. Aqui surgem as redes empresariais.

E, finalmente, segundo o autor espanhol, o mundo vive os efeitos permanentes das crises econômicas, dada a mundialização das operações e as flutuações macroeconômicas, acarretando a precarização das relações de trabalho, flexibilização de direitos, exclusão social de parcela da população e tornando cada vez mais visível a desigualdade de grupos de indivíduos.

Alteradas as condições das relações de trabalho, a duração do trabalho sofre influência direta dentro do panorama que vem se apresentando. E se impõe no novo modelo desenhado no mundo, cada vez mais, a discussão sobre a relevância da conciliação entre o *tempo de trabalho* e a vida privada do trabalhador. Exige-se a construção de um direito à adaptação e à distribuição da jornada, a fim de permitir a harmonização da parte profissional com as necessidades pessoais e familiares dos trabalhadores.

A legislação espanhola adotou o termo conciliação do trabalho e da vida privada para regular as possibilidades de ajuste. Trata de questões atinentes às faltas, férias e, ainda, à flexibilização e à redução da jornada de trabalho.

No livro *Lavoro 2025*, Domenico De Masi, ao tratar do trabalho e da vida, introduz suas considerações com a seguinte indagação: no ano de 2025 o trabalho será a âncora central na vida do cidadão?⁴¹ Em resposta ao questionamento do autor, Leonardo Becchetti, economista e professor italiano, considera que

41 DE MASI, Domenico. *Lavoro 2025*. Veneza: Marsilio Editori, 2017. p. 16.

a revolução da internet e a descontextualização, como conhecidos hoje, do tempo e do local de trabalho, serão os responsáveis pela diferença entre trabalho e tempo livre, tempo familiar e *tempo de trabalho*. Prossegue acrescentando que, em razão do excesso de informação e da decorrente dependência, será fundamental a capacidade e a liberdade de desconectar-se.

A desconexão fica cada vez mais prejudicada pelas exigências trazidas pelas novas tecnologias, porque intensifica a jornada de trabalho e impossibilita a mensuração do *tempo de trabalho*. Em reportagem veiculada em 26.05.2016, o jornal O Estado de São Paulo relata sobre a legislação aprovada na França que estimula as empresas a criarem novas políticas específicas, para impedirem que os empregados continuem conectados após deixar a mesa de trabalho. Segundo a reportagem, ainda, “de acordo com a revista norte-americana The New Yorker, a nova lei quer libertar os empregados de estarem disponíveis para o trabalho o tempo todo. Segundo um estudo realizado nos Estados Unidos, 69% dos empregados se preocupam com a possibilidade de alguém do escritório estar procurando por eles – mesmo quando eles estão fora do expediente ou em período de férias”⁴².

Em verdade, a desconexão se configura um direito que garante o efetivo descanso do trabalho. E a qualidade de vida tem intrínseca dependência com o tempo dedicado ao trabalho. A confiança recíproca ainda norteia e sempre norteará as relações de emprego e as reflexões e críticas trazidas obre o *tempo de trabalho* não se afastam da conclusão de que a OIT necessita postar-se como a organização

42 Disponível em: [<https://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,franceses-agora-tem-direito-a-desconexao>]. Acesso em 27.01.2019.

capaz de sintetizar os anseios do mundo do trabalho e consolidar sua estrutura tripartite de forma efetiva a implantar as discussões latentes no mundo do trabalho.

Com efeito, a relevante atividade dos magistrados tem impacto direto na observância dessas novas configurações mundiais. A propósito, para Julie Allard e Antoine Garapon resta “naturalmente a lancinante questão da legitimidade democrática. Em nome de que princípio deverão as democracias permitir que homens, mesmo que investidos da autoridade judicial, procurem as suas razões em outras fontes que não a palavra de um legislador eleito? Na realidade, ao aumentarem a qualidade da deliberação democrática, as novas redes judiciais não estão a preparar o fim do domínio político, mas sim ao contribuir, pelo contrário, para o seu reenquadramento”⁴³.

Segundo os autores, o direito tornou-se um “bem intercambiável. Transpõe fronteiras como se fosse um produto de exportação. Passa de uma esfera nacional para outra, por vezes infiltrando-se sem visto de entrada”⁴⁴. Bem por isso, no campo da regulação do *tempo de trabalho*, a OIT, diante de sua abrangência global, poderia ser o instrumento para viabilizar essa revolução de direito.

A confiança recíproca ainda norteia e sempre norteará as relações de emprego. Atualmente há espaço para reflexões sobre o impacto do tempo do trabalho em ambientes como o Encontro Anual do Fórum Econômico Mundial. No evento realizado em 2019, dois especialistas defenderam que é tempo de trocar para quatro dias a duração da semana de trabalho.

43 ALLARD, Julie e Antoine Garapon. *Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2006. p. 13.

44 ALLARD, Julie e Antoine Garapon. *op. cit.* p. 7.

O psicólogo Adam Grant trouxe reflexões no sentido de que a redução de horas permite que as pessoas tenham mais foco no trabalho, com mais eficiência, produzindo mais, normalmente com mais qualidade e criatividade, além dos empregados serem mais leais às organizações que permitem a flexibilização do *tempo de trabalho* para que possam dar mais atenção a suas vidas fora do trabalho⁴⁵.

Ainda que estejamos falando do futuro do trabalho, há repetição do raciocínio da década de 1920 e 1930, segundo o economista e historiador Rutger Bregman, também participante do Encontro Anual do Fórum Econômico Mundial em 2019, “Henry Ford, por exemplo, descobriu que, se mudasse a semana de trabalho de 60 horas para 40 horas, seus funcionários se tornariam mais produtivos, porque não estavam cansados em seu tempo livre”⁴⁶.

Em conclusão, a questão do *tempo de trabalho* continua tão ou mais importante que na época da aprovação das normativas da OIT que regulamentavam a matéria e exigem a presença do organismo internacional centenário para intermediar a adequação das condições existentes, garantindo direitos mínimos de proteção visando a dignidade do trabalhador, razão de sua existência.

45 Disponível em: [<https://www.weforum.org/agenda/2019/01/2-davos-experts-says-it-s-time-to-switch-to-a-four-day-working-week/>]. Acesso em 27.01.2019.

46 Disponível em: [<https://www.weforum.org/agenda/2019/01/2-davos-experts-says-it-s-time-to-switch-to-a-four-day-working-week/>]. Acesso em 27.01.2019.

TRABALHO NOTURNO: A CONVENÇÃO Nº 171 DA OIT E O DESAFIO PARA A MELHORIA DA CONDIÇÃO SOCIAL E DE VIDA DOS TRABALHADORES

Noemia Porto

Resumo. O presente estudo pretende promover a apresentação dos termos da Convenção nº 171 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil, sobre o trabalho noturno, a partir da lógica do diálogo das fontes normativas, assumindo o desafio de estabelecer reflexões críticas sobre a aplicação dos seus preceitos que possa considerar a proposta internacional e constitucional de melhoria da condição de vida dos trabalhadores. O trabalho noturno é inserido nas considerações sobre a preservação da saúde e da segurança ambiental trabalhista. Para tanto, parte-se do debate sobre a interconexão entre as normas internacionais e as internas, colocando o tema dos princípios fundamentais que devem orientar a solução de eventuais conflitos. Após, exercita-se a construção de significados entre dispositivos da Constituição, da Convenção nº 171 da OIT e da CLT procurando lançar temas que ainda permanecem abertos à investigação no campo da doutrina e da aplicação judiciária

das normas para solução de conflitos advindos do mundo do trabalho. São problematizados a exclusão das gorjetas da base de cálculo do adicional noturno, o alcance do termo trabalhador noturno, o excesso de monetização no trato do tema, as limitações para o trabalho da gestante e o papel fundamental que devem desempenhar as representações de trabalhadores e de empregadores.

Palavras-chaves: trabalho noturno; Convenção nº 171 da OIT; saúde e segurança no trabalho.

1. Introdução

A Convenção nº 171 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre o trabalho noturno foi adotada no dia 26 de junho de 1990, durante a 77ª Conferência Internacional do Trabalho (Genebra), entrando em vigor no plano internacional em 04 de janeiro de 1995. A aprovação, no plano interno,



Noemia Porto

Doutora e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Juíza do Trabalho (TRT/10ª Região). Vice-presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA). Professora universitária (Faculdade Processus/Brasília)

ocorreu através do Decreto-legislativo nº 270, de 13 de novembro de 2002, com ratificação em 18 de dezembro de 2002 e promulgação através do Decreto nº 5.005, de 08 de março de 2004. Nota-se, portanto, que, nas perspectivas de vigência internacional e interna, todos os procedimentos foram adotados. “As convenções da OIT começam a vigorar doze meses após o depósito, na Repartição (*Bureau*) Internacional do Trabalho, do segundo instrumento de ratificação, competindo ao Diretor-Geral dessa Repartição comunicar tal data a todos os Estados-membros da Organização” (FRANCO Filho & MAZZUOLI, 2016, p. 16). Além disso, foram observadas as previsões e competências dos arts. 49, I, e 84, VIII, da Constituição de 1988. Até o presente momento, incluindo o Brasil, 17 países ratificaram a convenção.¹

Para além do aspecto da vigência, em termos de aplicação normativa, o que significa constatar que, formalmente, a Convenção nº 171 da OIT compõe o acervo normativo nacional?

O tema do adicional noturno pode, num primeiro momento, remeter, de forma imediata, no campo trabalhista, a questões cotidianas, tais como o limite temporal que esteja definido para que se considere determinado trabalho como noturno, o pagamento de adicional, os reflexos remuneratórios da incidência dessa parcela e a redução ficta do tempo de trabalho. São questões, sem dúvida, relevantes. Todavia, é importante transcender os aspectos que podem ser considerados como integrantes do instrumental jurídico que confere trato ao

fenômeno para, então, localizá-lo em um outro que parece primordial, qual seja, o da integridade física e emocional dos trabalhadores.

O trabalho noturno e suas consequências para a saúde do trabalhador e sua convivência familiar e social esteve presente nas primeiras lutas por melhores condições de vida e de trabalho. Paulo Emilio Vilhena da Silva (2010, p. 17), ao construir o percurso das demandas que conduziram, ao longo de muitas décadas, à formatação de normas de proteção ambiental trabalhista, revela que a pressão da opinião pública foi fundamental para que, em 1802, o parlamento britânico aprovasse a primeira lei de proteção aos trabalhadores, qual seja, a Lei de Saúde e Moral dos Aprendizes, a qual, dentre outras previsões, contemplava a proibição do labor noturno.

A Constituição de 1934 no Brasil, a primeira que explicitamente referiu direitos para os trabalhadores, inseridos no Título da Ordem Econômica e Social, previu que a legislação do trabalho observaria os preceitos ali dispostos, além de outros que visassem a melhoria das condições do trabalhador, dentre eles a “proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres” (alínea d, § 1º, do art. 121).

Essas duas referências normativas podem ser suficientes para revelar que o trabalho noturno tem relação direta com a temática dos riscos ocupacionais, isso porque dele decorre a alteração do ritmo do sono e da vigília, que é essencial para o equilíbrio corporal, mental e emocional. A inversão do horário é considerada agente agressor à saúde do trabalhador.

A Constituição de 1988, além de prever a

1 Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312316, acesso em 28 de janeiro de 2019.

remuneração superior do trabalho noturno, em comparação ao diurno (art. 7º, inc. IX), proíbe a sua ocorrência, assim como do trabalho perigoso ou insalubre, a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (art. 7º, inc. XXXIII). As normas proibitivas decorrem do compromisso com a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII).

Segundo Silva (2010, p. 52-53):

O ritmo biológico do ser-humano define ciclos metabólicos, cujas etapas são bem delimitadas durante as 24 horas do dia. O chamado ritmo circadiano representa as alterações fisiológicas ocorridas em intervalos uniformes, relacionadas às fases de descanso e atividade, produção hormonal, temperatura corporal e outros.

(...)

O labor noturno também provoca este descompasso fisiológico, pois o organismo tenta durante o dia compensar o sono da noite, no entanto, certamente terá um período de descanso menor e ainda com pior qualidade.

(...)

Ainda durante a madrugada, a alimentação é mais difícil pela diminuição da secreção do suco gástrico, com sérios prejuízos no aspecto nutricional, em razão desta inversão metabólica.

Considerando a temática do trabalho noturno como própria às questões de preservação da saúde e da prevenção de riscos ambientais, é pertinente trazer à consideração reflexões que possam traçar o diálogo possível

entre as diversas normas que estão em vigor (a Constituição de 1988, a Convenção nº 171 da OIT e a CLT), em busca de uma narrativa coerente para o desafio que vem repetido nos Textos Constitucionais brasileiros no campo do trabalho, qual seja, a melhoria da condição social e de vida dos trabalhadores. A tarefa é desafiadora quando se considera que a convenção sobre trabalho noturno não tem servido, de maneira consistente, de referência em estudos especializados sobre o Direito Internacional do Trabalho.²

Estas linhas pretendem trazer à luz elementos que possam colaborar para a problematização do viés tradicional, marcado pela vertente legalista, no trato dos direitos trabalhistas, mesmo os previstos em normas internacionais; promover o diálogo entre a normativa internacional e a interna na temática do trabalho noturno; e, finalmente, lançar reflexões críticas acerca das possibilidades ainda não alcançadas de proteção ao trabalho noturno. Para tanto, será tratada a importância das normas internacionais do trabalho e aspectos relacionados à hierarquia das convenções da OIT. Em seguida, será realizado um exercício comparativo entre as previsões constitucionais, da Convenção nº 171 e as da

2 Para essa constatação, foi feita análise de obra coletiva organizada por Georgenor de Sousa Franco Filho e por Valério de Oliveira Mazzuoli (2016). No decorrer da obra, diversos articulistas trabalham vários temas das convenções internacionais da OIT, sem constar especificamente a de nº 171. Mazzuoli é amplamente citado em estudos sobre o controle de convencionalidade no Brasil. O autor, a propósito, refere que salvo a questão pertinente à acumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, que esteve presente em debate relevantíssimo no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho (TST), não há outras controvérsias no campo da aplicação da normatividade internacional que tenham recebido similar tratamento no âmbito das disputas judiciais (2016, p. 20).

CLT, lançando-se reflexões sobre o tema do trabalho noturno.

2. Normas internacionais e direito interno: desafio da prevalência do compromisso com os direitos humanos

As convenções e as recomendações, que compõem a produção normativa da OIT, representam instrumentos em matéria de padrões mínimos trabalhistas, circunstância que, aliás, bem se articula com a abertura presente no art. 7º da Constituição, relacionada à melhoria da condição social dos trabalhadores. Todavia, a interconexão entre tratados internacionais e normas do direito interno, notadamente no campo dos direitos humanos de conteúdo econômico-social-trabalhista, permanece, mesmo na era democrática, profundamente desafiadora.

Franco Filho & Mazzuoli (2016, p. 15) também referem que “nunca foi pacífica no Brasil a questão da posição hierárquica dos tratados internacionais no plano do Direito Interno”, ao mesmo tempo em que defendem ser evidente que as convenções internacionais da OIT são importantes instrumentos de promoção dos direitos humanos. Os mesmos autores relembram que “foram longos os debates no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) até a decisão que alçou os tratados de direitos humanos ao nível (no mínimo) *supralegal*” (2016, p. 15). A despeito da decisão do STF, não se pode considerar, em definitivo, resolvida a questão da aplicação das convenções internacionais da OIT.

Ao contrário, a literatura jurídica trabalhista tradicional tem contribuído ao longo dos anos para a construção de uma teoria que, ao

contrário de promover uma aliança consistente, separa, como se diferentes fossem, o material constitucional e o cotidiano das relações de trabalho, ao mesmo tempo em que a prática judiciária especializada direciona olhar modesto para as realizações internacionais trabalhistas.³ Critérios como o cronológico e a especialidade permanecem no imaginário dos juristas como pertinentes quando se trata de conflitos entre tratados internacionais e leis internas (FRANCO Filho & MAZZUOLI, 2016, p. 17),⁴ além da repetida consideração sobre a viabilidade, duvidosa, de se lançar interpretação literal para compreensão de textos de matriz internacional

Esse cenário merece consideração crítica. A incapacidade dos indivíduos em enfrentar isoladamente o Estado e as grandes organizações privadas impessoais – essas fortificadas cada vez mais no mundo de hoje – denuncia não só a importância da dimensão coletiva e difusa dos direitos fundamentais como também destaca a imprescindível atuação

3 Essa assertiva constou há alguns anos em artigo que pretendia lançar reflexões críticas sobre essa importante, porém, difícil interlocução entre a produção normativa internacional e a interna, usando como exemplos as Convenções nº 87 e 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). *In*: PORTO, Noemia. **A jurisdição constitucional trabalhista e o compromisso com os direitos fundamentais sociais**. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*, Brasília, DF, v. 15/18, n. 15/18, p. 115-123, 2006/2009.

4 Ainda segundo a pesquisa desses autores, até julho 2015, o Brasil havia ratificado 98 convenções internacionais do trabalho, estando 80 em pleno vigor. A despeito disso, o exercício da jurisdição trabalhista pelos tribunais especializados não tem refletido o compromisso com essa normatividade. No estudo, foram destacadas três convenções apenas, que foram consideradas as mais aplicadas pelos tribunais trabalhistas no Brasil, quais sejam: “a Convenção n. 132 (17 tribunais), a Convenção n. 98 (14 tribunais) e a Convenção n. 155 (13 tribunais). As demais registram menos de dez Regionais que as aplicam, o que demonstra pouco (ou quase nenhum) interesse na sua utilização” (2016, p. 20).

dos organismos internacionais na promoção dos direitos humanos. A produção normativa internacional provoca “irritações” nas ordens regionais, instigando-as à constante revisão do compromisso estabelecido com os direitos humanos (NEVES, 2006, p. 282-283).⁵

A construção de soluções jurídicas adequadas tanto para a aplicabilidade das normas internacionais ratificadas quanto para as hipóteses de eventual conflito entre elas e as previsões internas não pode se dar a partir de uma opção aleatória e discricionária dos juízes e dos tribunais. Isso seria incompatível com primados básicos do Estado Democrático de Direito (art. 1º). Marcelo Neves, na abordagem sobre o Estado Democrático de Direito, conclui que

em relação ao expansionismo do código da economia sob o impulso da “economia globalizada”, ele faz - em nome do princípio da igualdade e da generalização dos direitos de cidadania - uma concorrência mais eficaz e bem-sucedida à economia mundial do que as ordens jurídicas globais plurais da “governança privada”. Com vistas à construção de um regime de bem-estar renovado, o Estado Democrático de Direito pode gerar novas condições político-jurídicas estruturais favoráveis a uma preferência por inclusão, com as quais não cabe contar nos contornos vagos de uma política mundial. (2006, p. 282)

Ainda que não se pretenda, pelo limite

5 O alerta se fez presente em artigo anteriormente publicado: PORTO, Noemia. **A jurisdição constitucional trabalhista e o compromisso com os direitos fundamentais sociais.** *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*, Brasília, DF, v. 15/18, n. 15/18, p. 115-123, 2006/2009.

dessas reflexões, adentrar na discussão sobre a abertura conceitual e contingente do princípio fundamental da segurança jurídica, é possível, no entanto, estabelecer que sua observância, no mínimo, indica o caráter vinculante de todas as normas jurídicas, incluindo as de matriz internacional, e a obrigatoriedade de construção de soluções jurídicas que tenham como suporte a busca pela coerência interna do sistema constitucional.

Em termos constitucionais, a cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, incs II e III), a qual é regida nas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II). As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º) e, portanto, em razão da sua prevalência, não poderão ter sua incidência obstada por teses que lhes atribua caráter meramente programático. Como os direitos e as garantias fundamentais são expressões constitucionais dos direitos humanos, caracterizados, dentre outros, pela historicidade, universalidade, essencialidade e irrenunciabilidade, não estão adstritos às expressões do art. 5º, por isso, há a construção gradual de outros e novos direitos e garantias que decorram dos princípios adotados pela própria Constituição ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte (§ 2º). Além dessa cláusula de abertura, os direitos sociais, incluída a previsão do art. 7º da Constituição, compõem o Título dos Direitos e das Garantias Fundamentais, e não mais da Ordem Econômica, devendo ser tratados com o mesmo grau de compromisso dos demais direitos dessa matriz. Nessa toada, há se considerar que os direitos sociais,

incluindo os de conteúdo econômico-social-trabalhista, em face do disposto no art. 60, § 4º, da Constituição, não podem estar livremente disponíveis à atuação discricionária do poder derivado, até porque os direitos e garantias individuais ali previstos são justamente os de caráter fundamental. Embora a linguagem jurídica não comporte conteúdos definitivos **a priori**, nem por isso o uso da constituição pode ocorrer contra ela, ou seja, através de relativismos descompromissados com esses princípios fundamentais. Toda interpretação deve ser, necessariamente, uma interpretação constitucional.

Esse arcabouço jurídico estrutura suficientemente a tese de que, na temática da hierarquia, as convenções da OIT são tratados de direitos humanos, materialmente constitucionais ou material e formalmente constitucionais, a depender da observância, no procedimento de ratificação, da previsão contida no § 3º do art. 5º e, de todo modo, têm, no mínimo, quando ratificadas, *status* de supralegalidade e representam os padrões básicos de direitos trabalhistas, devendo, na sua relação com as normas de direito interno, prevalecer a lógica do diálogo das fontes, em busca da aplicação da previsão que melhor propicie a melhoria da condição social e de vida dos trabalhadores.

Acerca do tema, Franco Filho & Mazzuoli destacam o seguinte:

Importante notar que há regras próprias previstas na Constituição da OIT no que se refere ao conflito entre as convenções internacionais do trabalho e normas internas. O art. 19 do tratado constitutivo da Organização, prevê que “em caso

algun, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação”. Em outras palavras, a Constituição da OIT determina sejam aplicadas sempre as normas *mais favoráveis* aos cidadãos, não importando sejam elas internacionais ou internas.

(...)

Acrescente-se, por igual, que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, que o Brasil ratificou depois de muitas décadas tramitando no Parlamento, em seu art. 27, determina que nenhum Estado-parte “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Desde o momento (2009) em que a Convenção de Viena de 1969 passou a compor a coleção de normas em vigor no Brasil, a regra prevista em seu art. 27 igualmente se aplica com obrigatoriedade entre nós, devendo ser observada por juízes e tribunais nacionais. (2016, p. 17-18)

Desse modo, os princípios fundamentais, cuja extensão abarca normas jurídicas tanto de matriz internacional quanto interna, devem estar voltados ao primado da dignidade humana e da cidadania, cumprindo a função importante de promover a releitura de práticas laborais internas, sobretudo considerando a articulação de dispositivos que afetam o cotidiano das condições de vida que estão postas para os trabalhadores.

Acerca especificamente da Convenção nº 171 da OIT, sua autoaplicabilidade advém tanto da ratificação que observou as previsões constitucionais, quanto do disposto no § 1º do art. 5º da Constituição de 1988. O item 2 do art. 11 da Convenção prevê que quando os seus termos forem aplicados através da legislação nacional, deverão ser previamente consultadas as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores. Essa previsão não designa problema de aplicabilidade da convenção. Versando ela sobre a proteção aos trabalhadores em tema que possui clara conexão com a proteção ambiental e a preservação da saúde, é autoaplicável. As consultas para a plena representação tripartite deverão ocorrer sobre os assuntos relacionados às atividades da OIT, na forma como estabelece a Convenção nº 144, também ratificada pelo Brasil em 1994. De todo modo, a legislação infraconstitucional que se encontra em vigor deve servir, com uma interpretação articulada, e promovendo-se a releitura das suas bases, à concretização dessa matriz supralegal, mesmo papel que devem desempenhar as demais fontes, inclusive autônomas, do Direito do Trabalho.

A questão que se coloca é como essa autoaplicabilidade pode ser articulada com outras previsões normativas, trabalho exploratório, embora contingente, que este estudo se propõe.

3. As normas de proteção do trabalho noturno

As presentes reflexões sobre as normas que regem o trabalho noturno foram construídas

observando-se o percurso de temas presente na própria sequência de previsões da Convenções nº 171 da OIT, e não necessariamente pelo seu grau de importância jurídica ou de controvérsia no debate doutrinário.

Considera-se noturno aquele executado entre as 22 horas de um dia e as 5 horas do dia seguinte, isso no âmbito urbano (art. 73, § 2º, da CLT). No caso do trabalho rural, será assim considerado o trabalho executado entre as vinte e uma horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte, na lavoura, e entre as vinte horas de um dia e as quatro horas do dia seguinte, na atividade pecuária (art. 7º da Lei nº 5.889/73). Em ambas as hipóteses (urbano e rural), a hora do trabalho noturno será computada como de 52 minutos e 30 segundos. Há, porém, diferença quanto aos adicionais. O trabalho noturno urbano será acrescido de 20% e o rural de 25% (art. 73, **caput**, da CLT e parágrafo único do art. 7º da Lei nº 5.889/73, respectivamente), incidentes sobre a remuneração normal, sem serem consideradas as gorjetas (Súmula nº 354 do TST)⁶.

Até aqui o que se nota é que a legislação infraconstitucional atende, ao mesmo tempo, ao primado da Constituição e ao art. 1º da Convenção nº 171 da OIT, isso porque a primeira prevê que a remuneração do trabalho noturno deverá ser superior a do diurno e a segunda designa como “trabalho noturno” todo aquele que for realizado durante um período de pelo menos sete horas consecutivas, que abranja o intervalo compreendido entre a meia noite e às

6 Nos termos da Súmula nº 354 do TST: “as gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado”.

cinco horas da manhã. A legislação brasileira, a um só tempo, define o trabalho noturno, atendendo às especificidades das cidades e do campo e indica a remuneração superior, apontando para o fato de que esse trabalho, quando possível, deve ser evitado.

O problema que se apresenta diz respeito à remuneração superior, isso porque há se considerar que a sua observância se relaciona com norma básica de proteção trabalhista, construída a partir da constatação do maior desgaste presente no labor noturno. Ocorre, no entanto, que as gorjetas não servem de base de cálculo para o adicional noturno (Súmula nº 354 do TST), isso porque o trabalho noturno urbano deve ser pago à vista do acréscimo de 20%, pelo menos, sobre a hora diurna. De fato, a súmula de jurisprudência foi construída a partir da interpretação da literalidade da previsão da CLT e do fato de o pagamento ser realizado por terceiro. Como o art. 73 da CLT prevê que a remuneração do adicional estará representada pelo acréscimo de 20%, pelo menos, sobre a hora diurna, e a hora diurna é obtida através do valor do salário aplicando-se o divisor, então, concluiu-se que as gorjetas, a despeito do caráter remuneratório, não integrariam tal base de cálculo.

A compreensão do termo remuneração também não pode decorrer de um exercício aleatório. Em relação à igualdade no trabalho, que é considerado princípio fundamental, internacional e constitucional, o Brasil é signatário da Convenção nº 100 (sobre igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor). Dessa norma internacional advém importante arcabouço conceitual. Para a Convenção nº 100 (ratificada pelo

Brasil em 1957), o termo “remuneração” compreende o vencimento ou salário normal, básico ou mínimo, e quaisquer vantagens adicionais pagas, direta ou indiretamente, pelo empregador ao trabalhador em espécie ou *in natura*, e resultantes do emprego (art. 1º). Como é perceptível, tal convenção é fonte normativa relevante para a compreensão da ideia basilar de conjunto remuneratório, sem se restringir apenas à temática da discriminação em matéria de emprego e ocupação. Nota-se, portanto, que em termos internacionais a expressão ganha abrangência e deve ser considerada a integração de itens que são pagos diretamente, ou indiretamente, ou, ainda, que sejam resultantes do emprego.

Os valores que, no mercado de trabalho, são definidos para os trabalhadores inseridos em segmentos econômicos nos quais há a prática de gorjetas, observam essa dinâmica. Por isso, os próprios trabalhadores consideram, e têm a expectativa real, de que os salários praticados não representarão, ao final, a remuneração realmente percebida, em razão da realidade dos pagamentos realizados por terceiros que a atividade possibilita. A natureza apenas parcialmente remuneratória conferida às gorjetas pela Súmula nº 354 do TST parece desconsiderar esses dois aspectos, quais sejam, primeiro, a interpretação de dispositivos da CLT necessita de atualização cotidiana a partir do significado dos preceitos constitucionais e das normas internacionais, o que afasta, de logo, definitividades construídas pela lógica da interpretação literal, e, segundo, a injustificável prevalência da natureza híbrida para uma parcela que compõe, no cotidiano e na prática, a realidade remuneratória dos trabalhadores de determinados segmentos;

realidade essa que não é ignorada quando se define o patamar salarial devido pelos próprios empregadores em negociações individuais e coletivas. O conjunto de valores que se viabiliza, pela inserção de pagamentos feitos por terceiros, não é desprezado quando se define o nível e o alcance do salário direto devido aos trabalhadores, portanto, não se deve desprezar esse horizonte remuneratório para outras finalidades integradoras.

Ainda no campo remuneratório, de todo modo, conforme Súmula nº 60 do TST, o adicional noturno, pago com habitualidade, integra o salário do empregado para todos os efeitos. Nos termos da mesma súmula, cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas, o que decorre da previsão do § 5º do art. 73 da CLT.⁷ A despeito do caráter remuneratório da parcela, não há direito adquirido à sua permanência, mesmo quando ocorra pagamento com habitualidade (Súmula nº 265 do TST), porquanto o desejável é que o trabalhador possa se inserir em horário que não represente risco à sua saúde.⁸ A preservação de patamares de saúde e segurança transcendem aspectos individuais do direito trabalhista à verba. Além disso, o adicional noturno integra a base de cálculo das horas extras prestadas no período noturno (Orientação Jurisprudencial

nº 97 da SDI-1 do TST). Essa construção de significados também se coaduna com o que o trabalho noturno representa para os trabalhadores. Assim, se os beneficiários, e articuladores da economia e dos negócios, necessitam desse tipo de trabalho, deve ser observada a expansão do campo remuneratório, especialmente quando há combinação entre horas extras e trabalho noturno, com dupla incidência de risco laboral. Quando possível, o trabalhador deve ser revertido para horário que não represente possibilidade de agressão à sua saúde. O trabalho noturno, então, não é uma questão de conveniência ou capricho econômico, mas de necessidade que pode ser exercitada a partir do respeito a determinados limites.

Outro aspecto controverso que precisa ser considerado diz respeito aos destinatários das normas de proteção. A questão se coloca como relevante porque há predominância, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, de um modo de interpretar que promove o confinamento do art. 7º da Constituição, como se apenas trabalhadores empregados pudessem ser alcançados pelas normas protetivas. A Constituição de 1988, em suma, é aplicada, a despeito da sua hierarquia normativa superior, como se dependesse da existência de determinado contrato especial (de emprego), cuja formatação é definida em norma infraconstitucional (portanto, de hierarquia inferior – arts. 2º e 3º da CLT). Da mesma forma, os dispositivos da Convenção nº 171 da OIT referem, na definição do trabalhador noturno, o trabalhador assalariado. As indagações que surgem, seriam as seguintes: Em termos constitucionais, a proteção trabalhista depende da existência de um contrato de emprego,

7 Eis a redação da Súmula: “ADICIONAL NOTURNO. INTEGRAÇÃO NO SALÁRIO E PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO. I - O adicional noturno, pago com habitualidade, integra o salário do empregado para todos os efeitos. II - Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas”.

8 Nos termos da Súmula “a transferência para o período diurno de trabalho implica a perda do direito ao adicional noturno”.

quando as normas de direitos fundamentais devem (deveriam) ser universalizantes e o art. 7º faz referência ao trabalhador, e não ao trabalhador empregado? A normativa internacional quando identifica o trabalhador assalariado estaria restringindo a sua aplicação aos trabalhadores em contratos formais de emprego? Como interpretar esses dispositivos de maneira a alcançar uma proteção jurídica adequada à realidade do mundo do trabalho contemporâneo e à melhor proteção da pessoa humana do trabalhador?

Adotando a perspectiva da integração do trabalhador, e com ela a possibilidade de melhoria da sua condição social, não é viável desconsiderar que a relação entre trabalho e cidadania vem sendo intensamente transformada pela emergência de novos modos de acumulação capitalista. Convive-se com subcontratações, terceirizações, trabalho a tempo parcial, lógicas de produtividade numérica, insegurança laboral, dentre outros fenômenos. Nesse contexto, a fórmula até então adotada de trabalho protegido, na concepção tradicional, vinculada a determinada classe, parece não fazer sentido.

Pensando em construções normativas, interna e internacional, que estejam voltadas ao estabelecimento de condições decentes de trabalho e de vida para os trabalhadores, deve se considerar que o mundo do trabalho não consegue mais ser retratado pelo modelo de fábrica, hierarquizado, integrado e fechado, típico do fordismo-taylorismo. As modificações em curso são resultado de respostas que estão sendo construídas para as demandas de um sistema econômico de mercado, descentralizado, aberto, complexo, intensivo em serviços e com padrões de consumo altamente

diferenciados. Com a retirada do trabalhador da sua condição clássica de empregado inserido em determinada empresa, as novas morfologias têm promovido a intensificação das assimetrias do mercado ao atingirem o sistema tradicionalmente construído de proteção jurídica às pessoas que trabalham.

O princípio basilar que animou a criação da OIT em 1919, organização da qual o Brasil faz parte desde então, é justamente o de não se considerar o trabalho, e o trabalhador, como mercadoria. O trabalho deve possibilitar o acesso a direitos de cidadania. A orientação que ecoa desse princípio, desde então, precisa ser formulada e reformulada de tempos em tempos, observando-se as modificações que ocorrem na realidade. Por isso, atualmente, a exclusão que a diferença entre assalariados e não-assalariados promove pode vir a representar justamente a negativa de direitos e a transformação do trabalho humano em mercadoria.⁹

Tanto a previsão constitucional, quanto a normativa internacional, desafiam a pensar e repensar o respectivo alcance, com enfoque para a finalidade que anima a existência desse arcabouço jurídico, qual seja, a melhoria, com caráter de historicidade, atualidade, universalidade e essencialidade da condição de vida de incontável número de pessoas que dependem do trabalho para viver.¹⁰ Por

9 Reflexões mais aprofundadas sobre a tese de que a proteção jurídica representada pelo art. 7º da Constituição deve alcançar os trabalhadores, e não apenas os trabalhadores empregados, estão presentes na seguinte obra: PORTO, Noemia. **O trabalho como categoria constitucional de inclusão**. São Paulo: LTr, 2013.

10 Silva desenvolve raciocínio similar: “o Direito do Trabalho deve se ater à busca de mecanismos adequados e atuais para dar resposta satisfatória às transformações da sociedade. Antigos conceitos precisam ser revistos e os institutos necessitam de nova

isso, trabalhador noturno é todo aquele, independente do tipo de vínculo ou de contrato que protagonize, que se ative, como pessoa física, em período considerado noturno, para a realização de um trabalho remunerado em favor de outrem.

Além do aspecto dos destinatários da proteção jurídica, não se pode deixar de trazer para o debate modificações feitas pelo advento da Lei nº 13.467/2017 (“Reforma Trabalhista”), no tema da duração do trabalho. Em aspecto que interessa à presente questão, tem-se que as partes, por acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, podem estabelecer horário de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observando-se ou indenizando-se os intervalos para repouso e alimentação (art. 59-A). Além disso, na remuneração mensal estarão abrangidos, de forma complexiva, os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e feriados, e, ainda, serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver (parágrafo único do art. 59-A). O dispositivo em questão, acerca do pagamento complexivo das prorrogações de trabalho noturno, viola o preceito constitucional de que a remuneração deve ser superior e, ainda, a proteção presente na Convenção nº 171 da OIT, que justamente pretende a distinção entre trabalho diurno e trabalho noturno e destaca que trabalho noturno, para essa finalidade, é aquele que for realizado durante um período de

.....
interpretação, provocando nova leitura nos dispositivos legais, tudo com vistas a tornar o ordenamento jurídico trabalhista mais acessível e efetivo, de modo a atender o ser humano como meta principal a ser atingida, pois acima dos interesses econômicos está a dignidade do ser humano (art. 1º, III, CF/88)” (2010, p. 8).

pelo menos sete horas consecutivas.

Considerando que a transparência e a boa fé contratuais decorrem da cláusula substancial do devido processo legal, que alcança as relações trabalhistas, é inviável o regime “complexivo” no que se refere ao pagamento de feriados ou da prorrogação de jornada em período noturno. A modificação visa, nesse tipo de turno, eliminar a diferença entre trabalho diurno e noturno na temática da prorrogação, de maneira a diminuir o valor do adicional pago. Todavia, a prorrogação de jornada que vinha se desenvolvendo em horário noturno é duplamente danosa para a saúde do trabalhador porque combina excesso (extensão das horas para além de oito) com o desenvolvimento em turno que atinge o equilíbrio físico, mental e emocional.

A exclusão promovida pela Lei nº 13.567/2017, nessa hipótese, não observa a possibilidade inserida nos itens 2 e 3 do art. 2º da Convenção nº 171, isso porque a viabilidade ali referida diz respeito à exclusão total ou parcial, mediante consulta prévia junto às organizações representativas dos empregadores e dos trabalhadores interessados, de categorias limitadas de trabalhadores, mas quando a norma de proteção apresentar, de forma específica às categorias listadas, problemas particulares e importantes, e de maneira a se conseguir progressivamente a sua inclusão. No caso, não houve consulta prévia; a exclusão não diz respeito a categorias limitadas; não há nenhuma descrição de razões objetivas que pudessem levar a tal flexibilidade; não está contemplada cláusula de inclusão progressiva. O desrespeito a tais normas, no particular, aponta para a hipótese de simples redução de direito, sem nenhuma melhoria da condição

social, com violação tanto à Constituição de 1988 quanto à Convenção nº 171 da OIT.

Se por um lado não se ignora a necessidade de consideração, em determinados segmentos econômicos e profissionais, da existência do trabalho noturno, por outro, são inegáveis os seus efeitos agressivos, a longo prazo, na saúde dos trabalhadores. É por isso que a Convenção nº 171 prevê no art. 3º, itens 1 e 2, o seguinte:

1. Deverão ser adotadas, em benefício dos trabalhadores noturnos, a medidas específicas exigidas pela natureza do trabalho noturno, que abrangerão, no mínimo, aquelas mencionadas nos Artigos 4 a 10, a fim de proteger a sua saúde, ajudá-los a cumprirem com suas responsabilidades familiares e sociais, proporcionar as mesmas possibilidades de melhoria na sua carreira e compensá-los de forma adequada. Essas medidas deverão também ser adotadas no âmbito da segurança e da proteção da maternidade, a favor de todos os trabalhadores que realizam trabalho noturno.
2. As medidas a que se refere o parágrafo anterior poderão ser aplicadas de forma progressiva.

A relação indissociável entre trabalho noturno e saúde do trabalhador revela que a definição do espaço temporal para que o labor seja considerado noturno, e consequentes incidência das normas de proibição para os menores de 18 anos, de redução fictícia da hora noturna e de pagamento do adicional não são suficientes para alcançar a finalidade das normativas constitucional e internacional.

Silva alerta que seriam necessárias normas que estabelecessem “a concessão de folgas semanais mais duradouras e ainda a

garantia da permanência familiar nos finais de semana” (2010, p. 53). Na legislação brasileira, no entanto, não há previsão diferenciada de folgas mais extensas para compensar o trabalho noturno ou de observância, com maior rigidez, da ausência de trabalho nos finais de semana. Na realidade, em temas que envolvem aspectos de segurança ambiental trabalhista, a concentração de esforços na monetização tende a revelar medidas legislativas e judiciais insuficientes para a finalidade primordial de prevenção e de diminuição dos riscos. Ainda Silva menciona que o simples pagamento dos adicionais, com redução do tempo da hora noturna, não é suficiente em se considerando os “princípios da prevenção e da dignidade humana, pois o seu cumprimento provoca sérias agressões à saúde do trabalhador, perceptíveis somente anos após a exposição a estas condições desgastantes” (2010, p. 53). Todavia, eventual insuficiência da legislação deveria, na prática, ter como resultado a repactuação do compromisso dos demais atores do mundo do trabalho com a realização das normativas internacionais, especialmente através da negociação coletiva.

O art. 4º da Convenção nº 171 da OIT prevê o direito aos trabalhadores, com garantia de sigilo das informações, de solicitarem avaliação de saúde gratuita e receberem orientação para que seja possível atenuar ou evitar problemas dessa ordem, tanto antes da colocação em trabalho noturno, quanto em intervalos regulares no decorrer do cumprimento contratual em trabalho noturno e, ainda, na hipótese de padecerem, durante essa colocação, de infortúnios que não sejam devidos a fatores alheios ao trabalho noturno. Ocorre que para o exercício a contento desse direito, há se estabelecer um elo obrigacional

com os beneficiários dos serviços, criando-se garantias e mecanismos que o torne concreto. Ao contrário disso, prevalece ainda no cenário nacional a hipótese de denúncia vazia dos contratos de emprego, seja porque não se aplica, como deveria, horizontalmente, e de maneira vinculante, o devido processo legal nas relações contratuais trabalhistas, seja porque permanece o problema relacionado à denúncia da Convenção nº 158 da OIT. Sem garantia de emprego, o trabalhador não exerce o direito de reivindicar a assistência gratuita de saúde em momentos distintos (antes de se inserir em ocupação do trabalho noturno; ou para se informar como atuar ou prevenir riscos; ou quando há problema de saúde que pode estar relacionado ao labor noturno). Os beneficiários dos serviços não são fiscalizados quanto ao oferecimento efetivo dessa assistência. No geral, o tema se resolve com a monetização mencionada por Silva (2010).

A Convenção nº 171 ainda garante, nos termos do art. 6º, nas hipóteses em que a avaliação de saúde atestar a inaptidão para o trabalho noturno, que a solução a ser primeiro encontrada é a da atribuição ao trabalhador de outra função similar, para a qual seja considerado apto. Desse modo, desempregar o trabalhador ou retirar-lhe a fonte de sustento não é solução que encontra guarida na normativa internacional. Apenas na impossibilidade de se lograr remanejar o trabalhador para outra atividade similar é que, conforme itens 2 e 3 do art. 5º, a ele deverão ser destinados os mesmos benefícios dos demais trabalhadores que são considerados inaptos para o trabalho ou que não conseguem novo emprego. Neste caso, benefícios previdenciários ou de assistência em caso de desemprego deveriam ser acionados.

A necessidade de se desenvolver política de saúde no âmbito dos diversos segmentos econômicos voltada à especificidade do trabalho noturno não tem sido efetivamente observada. O trabalhador não é avaliado especificamente considerando os possíveis impactos do trabalho noturno; não são adotadas medidas pedagógicas, informativas e preventivas sobre o desenvolvimento do trabalho noturno com diminuição de riscos; o trabalhador não é reavaliado, senão que genericamente, sem a referida especificação, no campo da saúde; há risco de desemprego, sem medidas concretas de contenção, aos primeiros sinais de inadequação do trabalhador às exigências do trabalho noturno.

Seguindo a mesma lógica da prevenção de riscos, a Convenção, no art. 5º, estabelece que deverão estar “à disposição dos trabalhadores que efetuam trabalho noturno serviços adequados de primeiros socorros, inclusive disposições práticas que permitam que esses trabalhadores, em caso necessário, sejam trasladados rapidamente até um local onde possam receber tratamento adequado”. O que se nota é que aqueles que se beneficiam do trabalho noturno prestado pelos cidadãos devem observar e propiciar determinada estrutura de proteção, inclusive através de meio de comunicação eficiente, que garanta ao trabalhador, em horário de pouco ou nenhum movimento, o acesso ao socorro e ao deslocamento em caso de infortúnio. A inobservância dessas regras, em caso de infortúnio, possibilita a incidência da teoria da responsabilidade civil, por risco presumido.

Também o art. 9º da Convenção prevê a obrigatoriedade de que sejam prestados “serviços sociais apropriados para os

trabalhadores noturnos e, quando for preciso, para aqueles trabalhadores que realizarem um trabalho noturno”. O trabalho noturno, que tende a ser mais solitário em alguns postos, não pode representar isolamento ou abandono do trabalhador.

De outra parte, a inserção das mulheres no mercado de trabalho se deu, e se desenvolve, a partir de um contexto histórico de divisão sexual de papéis sociais. Paradoxalmente, na questão de gênero, os sistemas de proteção podem desproteger. A Convenção nº 171, no que pertine ao trabalho da mulher, não estabelece possibilidade de distinção, o que está de acordo com o primado da igualdade presente na Constituição de 1988, que prevê, também, “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” (art. 7º, inc. XX). Pelos termos do art. 381 da CLT, o trabalho da mulher, como o do homem, deve ser remunerado com acréscimo de 20%, bem como a hora noturna corresponde a 52 minutos e 30 segundos, não havendo distinções. Diferente do que ocorreu com a Constituição de 1934, na era democrática, não seria viável conceber a simples exclusão das mulheres em postos de trabalho noturno, consoante os termos do art. 5º, inc. II, da Constituição de 1988. De fato, na temática do trabalho noturno, não há especificidade de gênero que autorize o tratamento diferenciado, sob pena de se potencializar a discriminação ainda existente, em matéria de emprego e ocupação, desfavorável às mulheres, com bloqueios à contratação e incentivos à dispensa. A ressalva se encontra apenas no caso das trabalhadoras gestantes. Para essas hipóteses, a convenção parte da premissa do potencial nocivo do trabalho noturno para a mulher gestante e,

depois, para a lactante.

Nos termos do art. 7º da Convenção nº 171 da OIT, devem ser adotadas medidas para que exista alternativa ao trabalho noturno das trabalhadoras especificamente no período, antes e depois do parto, durante o lapso de, pelo menos, dezesseis semanas, das quais oito, no mínimo, deverão ser consideradas antes da data provável de nascimento da criança. A mesma alternativa deve ser buscada quando houver atestado médico que indique essa como uma medida de preservação da saúde da mãe ou do filho durante a gravidez, independentemente do período. Também a autoridade competente poderá estabelecer, mediante consulta prévia às organizações coletivas de representação, um lapso de tempo posterior ao parto para que ainda prevaleça a obrigação de oferecer-se uma alternativa ao trabalho noturno da mulher. As alternativas definidas pela Convenção, no item 2 do art. 7º, “poderão consistir da colocação em trabalho diurno quando for viável, a concessão dos benefícios de seguridade social ou a prorrogação da licença-maternidade”. Nota-se, por essa previsão, a prevalência da responsabilidade compartilhada entre Estado e empregadores para o atendimento da proteção à maternidade e à infância. Por fim, o atendimento das necessidades da trabalhadora, em razão da preservação da sua saúde e do bebê, durante a gestação ou no período posterior ao parto, não poderão representar decréscimo na sua condição profissional, seja mediante demissão imotivada, ou redução salarial ou prejuízo para a antiguidade ou promoção.

Colocando em evidência o diálogo tripartite que acomoda a OIT, bem como a autonomia coletiva e o prestígio à representação sindical, que são princípios fundamentais

para a organização do mundo do trabalho, a Convenção nº 171 prevê o seguinte:

Art. 10 — 1. Antes de se introduzir horários de trabalho que exijam os serviços de trabalhadores noturnos, o empregador deverá consultar os representantes dos trabalhadores interessados acerca dos detalhes desses horários e sobre as formas de organização do trabalho noturno que melhor se adaptem ao estabelecimento e ao seu pessoal, bem como sobre as medidas de saúde no trabalho e os serviços sociais que seriam necessários. Nos estabelecimentos que empregam trabalhadores noturnos, essas consultas deverão ser realizadas regularmente.

A representação dos trabalhadores, portanto, deve ter papel ativo na organização do trabalho noturno e nas políticas de prevenção e de cuidado com os riscos ambientais. O art. 8º, inc. III, da Constituição de 1988 vai ao encontro dessa lógica, quando prevê que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Nesse sentido, também são os termos da Convenção nº 98 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1952. Isso revela que a relação de trabalho não pode ser considerada como uma relação de exclusivo cunho privatístico, com cláusulas livres a serem avençadas pelo beneficiário do serviço e pelo trabalhador. A mediação por normas de interesse público deve ser considerada na construção, na validade e na legitimidade do modo como se organiza a prestação do trabalho, sendo fundamental o diálogo plural e representativo de todos os interessados.

A densificação normativa dos termos da

Convenção nº 171 da OIT não depende apenas da edição ou da compatibilidade com a legislação infraconstitucional. O compromisso com a proteção aos trabalhadores que prestam seus serviços em trabalho definido como noturno pode e deve compromissar através de outras fontes do Direito do Trabalho, especialmente convenções e acordos coletivos de trabalho, decisões judiciais e laudos arbitrais (art. 11 da Convenção).

4. Conclusão

As normas presentes na Convenção nº 171 da OIT são autoaplicáveis e representativas de padrões mínimos relacionados ao tratamento do trabalho noturno, mas, a despeito disso, ainda não se fazem presentes na produção doutrinária e judiciária brasileira de forma consistente.

A compreensão e a interpretação dessas normas protetivas demanda considerar que o trabalho é uma importante expressão da cidadania, que por sua vez fundamenta o Estado Democrático de Direito. A busca pela melhoria da condição de vida e de trabalho é, na realidade, um compromisso com a cidadania.

A interpretação dos dispositivos da ordem constitucional e internacional, compromissada com uma proteção jurídica adequada à realidade do mundo do trabalho contemporâneo, e que tenha como horizonte a melhor proteção da pessoa do trabalhador, revela que os destinatários das normas protetivas são os trabalhadores, e não apenas os trabalhadores empregados. Dessa forma, trabalhador noturno é todo aquele, independente do tipo de vínculo ou de contrato que protagonize, que se ative, como pessoa física, em período considerado

noturno, para a realização de um trabalho remunerado em favor de outrem.

Como, no campo do trabalho noturno, o acréscimo remuneratório tem por finalidade desestimular a sua ocorrência, e compensar, ainda que minimamente, a exposição ao risco, o adicional previsto em lei deveria considerar toda a base remuneratória do trabalhador, não sendo justificável a exclusão das gorjetas quando fizerem parte da realidade da relação laboral.

Ainda na temática remuneratória, não pode ser considerada a modificação trazida pela Lei nº 13.467/2017. O dispositivo que versa sobre o pagamento complessivo das prorrogações de trabalho noturno viola o preceito constitucional de que a remuneração deve ser superior e, ainda, a proteção presente na Convenção nº 171 da OIT, que justamente pretende a distinção entre trabalho diurno e noturno e destaca que trabalho noturno, para essa finalidade, é aquele que for realizado durante um período de pelo menos sete horas consecutivas. A alteração não indica nenhuma melhoria na condição de vida dos trabalhadores que se ativam em horário noturno.

Embora os acréscimos remuneratórios sejam relevantes no caso do trabalho noturno, há se considerar que a monetização do tema é insuficiente para o trato que o considere inserido na questão da saúde e da segurança ambientais e que, por isso mesmo, revela como importantes práticas de prevenção. Dentre elas, podem ser indicadas como ainda não existentes as de concessão de folgas semanais mais duradouras ou de garantias mais eficazes de permanência com a família nos finais de semana para os trabalhadores que se ativam de maneira habitual em labor noturno. A ausência

de legislação suficiente, no entanto, não pode ser considerada como obstáculo definitivo à construção de alternativas que visem ao incremento do sistema jurídico de proteção. Nesse aspecto, merece destaque o papel que pode ser desempenhado pela negociação coletiva.

Os diversos atores que circundam o mundo do trabalho também podem e devem ser partícipes do desenvolvimento de uma política de saúde no âmbito dos diversos segmentos econômicos voltada à especificidade do trabalho noturno, e que observe que o trabalhador não tem como suportar o risco do desemprego quando reivindica a sua observância.

Embora no caso do trabalho noturno não exista especificidade de gênero que autorize o tratamento diferenciado, sob pena de se potencializar a discriminação ainda existente, em matéria de emprego e ocupação, desfavorável às mulheres, deve ser observada a ressalva para os casos das gestantes e lactantes, em períodos em que o risco possa ser presumido, conforme lapso temporal previsto na Convenção nº 171, ou determinado por laudo médico. Para essas hipóteses de risco, a ocupação deve estar garantida à trabalhadora mulher, sem prejuízo remuneratório ou de progressão funcional, com responsabilidade compartilhada com o Estado.

A centralidade do trabalho no mundo contemporâneo e, ao mesmo tempo, a falta de trabalho protegido, cumuladas com demandas por uma vida digna, representam ao mesmo tempo paradoxos e desafios do tempo presente. Para esse contexto mais amplo não é fácil, e nem viável, construir soluções, muito menos definitivas, até porque as legítimas exigem um compromisso amplo, plural e diluído no tempo entre os diversos atores sociais. Mesmo com

essas dificuldades, uma das respostas, embora não suficiente, para esses desafios pode estar presente no resgate da internacionalização do Direito do Trabalho e na incorporação de suas normas internacionais, que são construídas a partir do (difícil) diálogo tripartite. Em suma, há necessidade de normas jurídicas internas e internacionais de proteção, e respectivas observância e aplicabilidade concreta, para a garantia de que o desenvolvimento de atividades econômicas possa se converter em oportunidades iguais e melhores condições para todos.

A consideração da necessidade de proteção ampla e suficiente para o trabalho noturno é uma pequena, mas importante possibilidade, no processo permanente de (re)pactuação com os direitos humanos de conteúdo trabalhista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Revistas, livros e artigos:

FRANCO Filho, Georgenor de Sousa & MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil.** *In: Direito internacional do trabalho: o estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil* / Georgenor de Sousa Franco Filho, Valério de Oliveira Mazzuoli, organizadores. São Paulo : LTr, 2016, p. 15-23.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas.** Tradução do autor. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PORTO, Noemia. **O trabalho como categoria constitucional de inclusão.** São Paulo: LTr, 2013.

_____. **A jurisdição constitucional trabalhista e o compromisso com os direitos fundamentais sociais.** *In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*, Brasília, DF, v. 15/18, n. 15/18, p. 115-123, 2006/2009.

SILVA, Paulo Emilio Vilhena da. **A responsabilidade civil do empregador diante do princípio da prevenção à saúde do trabalhador: responsabilidade sem dano.** 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/D.2.2010.tde-08092011-090341. Acesso em: 2019-01-28.

Pesquisa eletrônica, leis e documentos:

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (CLT). **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm, acesso em 28 de janeiro de 2019.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm, acesso em 28 de janeiro de 2019.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (CF/88). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 28 de janeiro de 2019.

LEI DO TRABALHO RURAL. **Lei nº 5.889, de 08 de junho de 1973.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5889.htm,

acesso em 28 de janeiro de 2019.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). **Ratifications of C171 - Night Work Convention, 1990 (nº 171)**. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312316, acesso em 28 de janeiro de 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenções**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/lang--pt/index.htm>, acesso em 21 de janeiro de 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). **Súmula nº 60**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-60, acesso em 28 de janeiro de 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). **Súmula nº 265**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-265, acesso em 28 de janeiro de 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). **Súmula nº 354**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-354, acesso em 28 de janeiro de 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). **Orientação Jurisprudencial nº 97 da SDI-1**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Internet.pdf>, acesso em 28 de janeiro de 2019.

TRABALHADORES PORTUÁRIOS E A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: PROTEÇÃO CONTRA A AUTOMAÇÃO E A FAVOR DA SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA

Marcele Carine dos Praseres Soares

“O mar e o vento formam um composto de forças. O navio é composto de máquinas. As forças são máquinas infinitas, as máquinas são forças limitadas. Entre os dois organismos, um inesgotável, outro inteligente, trava-se o combate que se chama navegação. ”

Victor Hugo,
Os trabalhadores do mar.

Introdução

A proximidade do mar, desde tempos antigos, é associada à fartura, comércio e riqueza. A facilidade de intercâmbio, não só econômico¹, mas também cultural entre

1 “As atividades envolvidas na exploração portuária constituem elementos essenciais ao desenvolvimento do comércio, ensejam a integração

as mais diversas cidades e países também é destaque quando se fala da existência dos portos.

Aqueles, contudo, que só podem contar com sua força de trabalho (“a classe-que-vive-do trabalho”) nem sempre desfrutam dos benefícios provenientes das intensas transações comerciais e das enormes cifras que daí advêm. Além de sofrerem com a perda brusca do número de empregos disponíveis nas últimas décadas por força da introdução

.....
dos diversos meios de transporte (ferroviário, terrestre e marítimo) e são o agente principal a viabilizar o comércio internacional. No decorrer do ano de 2007 os Portos e Terminais Privativos movimentaram o total de 754.716.655 toneladas, sendo 63,1% movimentado em Terminais Privativos e 36,9% em Terminais Públicos. Destacam-se pela elevada quantidade de carga movimentada os portos de Itaguaí-RJ, Santos-SP, São Sebastião-SP, Paranaguá-PR, Aratu-BA, Angra dos Reis-RJ, Rio Grande-RS e Belém-PA.” PEREIRA, Alexandre Martineli Pimentel, *200 anos de abertura dos portos*, REVISTA DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO, N. 01, São Paulo, 2009. p. 86.



Marcele Carine dos Praseres Soares

Doutoranda e Mestre em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de São Paulo – USP, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de Lisboa, Máster em Igualdade de Gênero pela Universidade Castilla – La Mancha. Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

irrefreável da tecnologia, sobretudo a partir da introdução do contêiner, muitas vezes se veem atingidos por problemas graves de saúde, em razão das condições de trabalho desfavoráveis.

As alterações na organização do trabalho, sobretudo em face da automação das rotinas, impactaram não apenas na quantidade de vagas disponíveis nos portos mas também interferiram profundamente no conteúdo do trabalho. Em razão da redução do contingente necessário à operacionalização dos portos e da exigência legal de que os trabalhadores avulsos sejam registrados ou cadastrados, já é possível verificar-se o envelhecimento da população portuária.

O trabalho portuário, no senso comum, mas também na visão de estudiosos de distintas áreas, como sociólogos e médicos, sempre esteve associado à masculinidade e ao dispêndio de força física. A figura do estivador, em particular, foi associada ao trabalhador do sexo masculino, provido de músculos, com sacos de açúcar ou cereais às costas, geralmente com o dorso despido, com respiração ofegante e suor escorrendo na face. Essa realidade foi consideravelmente alterada (mas não extinta por completo, sobretudo quanto à necessidade de uso intenso de movimentos corporais) com a introdução da tecnologia no processo de acondicionamento, manipulação, carregamento e descarregamento de mercadorias, por exemplo.

A alteração desse contexto implicou tanto na redução da oferta de postos de trabalho como provocou mudança no rol de enfermidades desenvolvidas por esse segmento da classe trabalhadora.

Foi a partir desse panorama que a Organização Internacional do Trabalho

formulou normas voltadas especificamente aos trabalhadores portuários. Em busca de padrões mínimos para assegurar a manutenção dos empregos e da renda e para salvaguardar a integridade física e psíquica dos trabalhadores, foram elaboradas nas décadas de 1970 e 1980, as Convenções n. 137 e n. 152, que tratam, respectivamente, das repercussões sociais advindas dos novos métodos de processamento de cargas nos portos e da segurança e higiene no trabalho portuário.

1. O trabalhador portuário avulso

Trabalho portuário avulso é aquele realizado por prestadores de serviço de capatazia, estiva, conferência e conserto de carga e descarga, vigilância de embarcações e bloco, inscritos (registrados ou cadastrados) no Órgão Gestor de Mão-de-Obra, e que como tal, não possuem vínculo empregatício.

Embora, nos últimos anos, a redução dos postos de trabalho e o esvaziamento de algumas funções exijam do trabalhador a destreza para o exercício de atividades próprias a vários cargos, uma espécie de polivalência, o que demanda atualização e capacitação constantes, ainda é possível se distinguir, com clareza, as diversas categorias:

Assim, temos os trabalhos de embarque e desembarque das cargas realizados a bordo, de conferência, arrumação e conserto de cargas no interior dos navios, todos executados pelas seguintes categorias: estivadores (arrumam e retiram as mercadorias no convés e nos porões dos navios);

conferentes de carga e descarga (verificam, anotam e fiscalizam toda carga embarcada e desembarcada dos navios); consertadores de carga e descarga (consertam as cargas avariadas nas operações de embarque e desembarque para que haja continuidade nas operações); vigias portuários (cuidam da segurança das embarcações e das cargas); trabalhadores de bloco (arrumam e amarram as cargas, descem os contêineres e limpam a embarcação). Estes são os chamados trabalhadores avulsos.²

O trabalho portuário avulso é realizado a bordo; já o trabalho realizado em terra firme, no cais, é feito pelos empregados da administração portuária e compreende o deslocamento e a conferência das cargas dos armazéns e o trabalho com empilhadeiras e guindastes arrumando cargas, armazéns e navios.

Os trabalhadores portuários avulsos possuem vários tomadores de serviço, respondendo ao chamamento dos serviços realizado pelo OGMO (ou pela entidade sindical) – procedimento que é conhecido por “parede”, ao qual pode recusar, e embora aos tomadores se reportem quanto à execução dos serviços, recebem pagamentos e eventuais punições do órgão gestor.

Diferenciam-se do trabalho subordinado por prazo indeterminado (contrato de emprego padrão) sobretudo no que tange à ausência

de habitualidade com que prestam seus serviços para um único empregador. Embora a subordinação seja o elemento de maior destaque quando se fala da caracterização ou afastamento do vínculo empregatício, no contrato de trabalho portuário avulso, é a relação triangular que o diferencia e o identifica, eis que um dos pólos da relação é o OGMO e outro é o tomador de seus serviços, sempre variável. Há, portanto, um fracionamento da subordinação entre o órgão gestor e os operadores portuários tomadores dos serviços.

A Constituição Federal de 1988, XXXIV, por outro lado, desfez-se desta diferenciação, promovendo a igualdade de direitos trabalhistas entre os empregados e os trabalhadores avulsos, o que não impede de haver uma distinção, e por que não dizer incompatibilidade, quanto a aspectos próprios a essa modalidade contratual, como por exemplo, no que tange ao gozo de férias (e à dobra indenizatória devida em razão de seu descumprimento no período concessivo), arts. 134 e 137, da CLT, já que cabe ao próprio trabalhador deixar de se apresentar à escalação.³

2. Convenção n. 137, da OIT e a proteção do trabalho e renda em face da automação

A Convenção n. 137 da OIT, que data de 1975 e trata da proteção do trabalhador portuário no que tange ao emprego e renda, em face das alterações tecnológicas no processo de manuseio da carga, iniciou no Brasil sua vigência em 1995.

2 QUEIROZ, Maria de Fátima Ferreira; GERALDO, Juliana Varela. *O trabalho portuário até 1970: contexto Internacional e nacional, Porto de Santos – Saúde e trabalho em tempos de modernização*, São Paulo: Fap-Unifesp, 2015, p. 43.

3 REZENDE, Roberto Vieira de Almeida. *A igualdade de direitos entre trabalhador portuário avulso e trabalhador com vínculo permanente*, REVISTA DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO, n. 01, São Paulo, 2009, p. 129.

Antes da vigência da Convenção no país, a proteção do emprego em face da automação, de forma abrangente à toda a classe trabalhadora pátria, já era uma preocupação dos constituintes que elencaram tal garantia no art. 7º, XXVII, da CF/88. Tal garantia se coaduna e deve se harmonizar com os princípios da função social da empresa e da livre iniciativa, também previstos na Constituição Federal.

Isso significa que a empresa não pode, de acordo com o comando constitucional, visar tão somente o lucro, mas deve atuar de modo que a sociedade também seja beneficiada com seu empreendimento, já que o desemprego estrutural que afeta a categoria dos portuários tem implicações severas nos custos públicos para o curto amparo do benefício social (seguro-desemprego), mas também na redução de impostos e no aumento de índices negativos de desenvolvimento humano e segurança pública.

Ocorre, entretanto, que na prática, pouco se tem feito para minimizar os efeitos da automação no país, seja no que tange à qualificação dos trabalhadores com vistas à manutenção de sua fonte de renda, seja no que pertine à proteção social em face do desemprego. Dificilmente um desempregado, principalmente aquele advindo de uma rotina de trabalho tão específica quanto a portuária, consegue novo posto de trabalho em menos de seis meses, ou o que é ainda mais remoto, se qualifica para outros segmentos. Na contramão do que reza a norma internacional, o que se tem visto é o endurecimento das leis pátrias quanto aos requisitos para recebimento do benefício de uma forma geral, que também não é conjugado com um acompanhamento efetivo e satisfatório de reinserção no mercado de trabalho.

A Constituição de 1988 se preocupou com o tema, inserindo, entre os direitos sociais conferidos aos trabalhadores, a proteção em face da automação (art. 7º, XXVII), remetendo ao legislador ordinário a regulamentação do tema. Entretanto, a proteção se conteve, até o presente momento, à instituição do benefício, tímido ainda, do seguro-desemprego (Dec.- lei 2.284, de 10.03.86), revelando o pouco caso do legislador no trato de tema tão crucial. De passagem, o número máximo de prestações de seguro-desemprego pagas ao trabalhador brasileiro é de 05, enquanto na França as prestações se estendem por 30 meses, com acompanhamento efetivo no processo de recolocação no mercado.⁴

As alterações no processo de carga, descarga, armazenamento e manuseio de produtos nos portos advieram sobretudo a partir da utilização massiva de contêiner, nos idos da década de 1990, o que, por certo, trouxe ganhos na diminuição do tempo dispendido para as atividades, otimização dos procedimentos, redução de perdas de mercadorias e incremento do lucro, tanto pela maior rapidez nas entradas e saídas dos navios (reduzindo o tempo de atracação), como pela redução de gastos com mão-de-obra. As mudanças sem dúvidas potencializaram o comércio mundial, fomentando a economia e gerando riquezas.

Antes da implantação dos contêineres, de acordo com a Associação Marítima do Pacífico, em 1960, para movimentar 28,5 milhões de toneladas de carga, os

4 NETO, Arnaldo Bastos Santos; VENTILARI, Paulo Sérgio Xavier. *O trabalho portuário e a modernização dos portos*, Curitiba: Juruá, 2009, p. 139.

portos norte-americanos precisaram de 29,1 milhões de horas/homem trabalhadas, numa produtividade de 0.98 (toneladas/hora-homem). Com a containerização, em 1994, 199 milhões de toneladas de carga foram movimentadas, utilizando-se um total de 17 milhões de horas/homem trabalhadas, redundando numa produtividade de 11.71 (toneladas/horas-homem).⁵

Tal progresso sócio-econômico, contudo, não foi sentido pelos trabalhadores portuários, que concomitantemente ao incremento tecnológico e à potencialização dos lucros de operadores portuários e de toda a rede empresarial envolvida, viram definir a razão de seu sustento. As classes trabalhadoras pátria e internacional sofreram e sofrem com as consequências da automação no setor, que reduziram paulatinamente os postos de trabalho. Estima-se que metade dos portuários no país tenham perdido seus empregos entre os anos de 1995 e 2002. Daí a relevância do alerta trazido pelo instrumento normativo internacional.

Para que se possa situar a dimensão desse processo, basta aduzir que existiam, no Brasil, em dezembro de 1995 (quando se encerrou o Levantamento dos Trabalhadores Portuários em Atividade – LTPA 95, criado pelo Decreto 1.596, de 17 de agosto de 1995), 61.779 trabalhadores portuários. Ao final de 2002, foram contabilizados, no sistema, cerca de 34.000 trabalhadores. Houve, portanto, uma redução de quase metade do quantitativo de trabalhadores

portuários nesse processo de modernização, o qual ocorreu no mundo inteiro. E a Convenção 137 da OIT visa a regulamentar esse processo de redução de quadros, preservando o mínimo de direitos para os trabalhadores portuários.⁶

Algumas categorias foram simplesmente extintas porque não são mais necessárias ao processo produtivo, o que tem ocasionado medidas relevantes para se minimizarem os efeitos do desemprego, como a capacitação dos trabalhadores para atuarem nos mais diversos segmentos, sem a distinção de cargos (estiva, capatazia, bloco, consertadores, vigias) – a “polivalência”, e até mesmo a abolição de distinção entre as categorias que devem atuar, de forma excludente, a bordo ou no cais, de modo a melhor acomodar a massa de trabalhadores que possuem o porto organizado como meio ambiente de trabalho.

A redução de trabalhadores no terno diminuiu o contingente em metade. A tecnologia moderna não exige a requisição de capatazia, pois o embarque é feito por transporte em esteira, que leva a carga ao porão do navio – equipamento *ship loader* – então o trabalhador do costado perde sua função. Consequentemente, não se necessita do encarregado de capatazia. E, na mesma lógica, o portaló (sinalizador) se torna obsoleto.⁷

5 *Idem*, p. 14.

6 PAIXÃO, Cristiano; FLEURY, Ronaldo Curado. Trabalho Portuário – a modernização dos portos e as relações de trabalho no Brasil, 2ª edição, São Paulo: Método, 2008, p. 20.

7 QUEIROZ, Maria de Fátima Ferreira; MELO, Carolina Lou de; MEDEIROS, Maria Angélica Tavares de. *A organização do trabalho portuário no processo de modernização do Porto de Santos*, p. 65/95, in *Porto de Santos – Saúde e trabalho em tempos de modernização*,

Outra medida conclamada pela OIT e que tem amparo no Brasil é a *reserva de mercado*, por assim dizer, de trabalhadores registrados e cadastrados, medida que visa preservar as já reduzidas vagas nos portos àqueles que constam das listas do OGMO, evitando portanto que sejam preteridos em favor de trabalhadores estranhos à categoria.

A preocupação externada pela Convenção n. 137, em linhas gerais, é assegurar aos portuários um mínimo de emprego e renda, de acordo com a situação econômica do país e do porto, diante das alterações advindas com a tecnologia e a automação. Para tanto, declara que incumbe à política nacional estimular os setores pertinentes para que isso se implemente, assegurando o amparo público no caso da perda do emprego, ou prioritariamente, atribuir a empregadores e organizações de trabalhadores a responsabilidade por conciliar o avanço tecnológico com a manutenção dos postos de trabalho, o que significa extrair daí “o máximo de vantagens sociais” (art. 5º).

3. Convenção n. 152, da OIT e a proteção da saúde, higiene e segurança do trabalho

A Convenção n. 152 da OIT iniciou sua vigência no Brasil em 1991, dez anos após a vigência em plano internacional. Possui 51 artigos, divididos em cinco partes (PARTE I ÁREA DE APLICAÇÃO E DEFINIÇÕES, PARTE II DISPOSIÇÕES GERAIS, PARTE III MEDIDAS TÉCNICAS, PARTE IV APLICAÇÃO e PARTE V DISPOSIÇÕES FINAIS), sendo que a maioria dos

.....
São Paulo: Fap-Unifesp, 2015, p. 70.

dispositivos (art. 8 a art. 40) trata de questões técnicas bastante específicas relacionadas à saúde, higiene e segurança dos trabalhadores portuários e está organizada na Parte III. Elas discorrem sobre maquinário, equipamentos de proteção coletiva e individual, vestuário, realização de exames médicos, prevenção de riscos, instalações sanitárias, treinamentos e até mesmo a idade mínima de 18 anos para atuar em aparelhos de içar e outros de estivagem.

Algumas normas da Convenção n. 152 possuem conteúdo evasivo, genérico e com precisão deficiente, apresentando expressões como “sempre que possível”, “medidas suficientes ou adequadas”, “precauções adequadas deverão ser tomadas”, o que é compreensível diante da multiplicidade de ordenamentos nacionais aos quais devem se adequar e se compatibilizar, sob pena de haver baixa ratificação pelos países membros.

Não é demais rememorar que as normas internacionais, mais que coação e sanção próprias às leis nacionais, constituem alertas sobre temas e conteúdos sensíveis à maioria das realidades do trabalho, apresentando-se assim como normas mínimas de proteção do trabalhador. Seu papel não é prescrever de forma estrita uma conduta e acionar o aparato jurídico para punir seu descumprimento, mas despertar a comunidade internacional para a relevância dos temas, de modo que sua formulação seja “aberta” ou “adaptável” o suficiente para ser absorvida pela legislação nacional, sem que, contudo, perca na qualidade dos comandos que preceitua.

Em razão de sua relevância, alguns artigos são aqui transcritos:

“Art. 20, item 3. Uma ventilação suficiente

deverá ser assegurada no porão ou na entreponte de mercadorias mediante circulação de ar fresco, com a finalidade de prevenir os riscos de prejuízo à saúde causados pelas fumaças expelidas por motores de combustão interna ou de outras fontes.”

“Art. 32 — 1. As cargas perigosas deverão ser acondicionadas, marcadas e rotuladas, estivadas, armazenadas ou arrimadas de acordo com as disposições dos regulamentos internacionais aplicáveis ao transporte das mercadorias perigosas por água e à estivagem das mercadorias perigosas nos portos. 2. As substâncias perigosas só deverão ser estivadas, armazenadas ou arrimadas se forem acondicionadas, marcadas e rotuladas de acordo com os regulamentos internacionais aplicáveis ao transporte de tais substâncias. 3. Se recipientes ou containers que contenham substâncias perigosas forem quebrados ou danificados a ponto de apresentarem algum risco, as operações de estivagem diferentes das que são necessárias para eliminar o perigo, deverão ser suspensas na região ameaçada e os trabalhadores colocados em local protegido até que o risco tenha sido eliminado. 4. Medidas suficientes deverão ser tomadas para prevenir a exposição dos trabalhadores a substâncias ou agentes tóxicos ou nocivos, ou a atmosfera apresentando uma insuficiência de oxigênio ou um risco de explosão. 5. Quando trabalhadores forem chamados para ocuparem espaços confinados nos quais podem haver substâncias tóxicas ou nocivas, ou nos quais pode manifestar-se insuficiência de oxigênio, medidas suficientes deverão ser tomadas para prevenir riscos de acidentes e prejuízo à saúde.”

“Art. 40 — De acordo com a legislação ou a prática nacionais, instalações sanitárias e banheiros adequados e mantidos convenientemente limpos deverão ser previstos em número suficiente em todas as docas e a distâncias razoáveis dos locais de trabalho onde isto for praticamente realizável.”

A saúde, a higiene e a segurança do trabalho sofreram impactos consideráveis com o incremento da tecnologia na rotina portuária, o que refletiu inclusive na alteração do rol das doenças mais comumente desenvolvidas por esse segmento da classe trabalhadora.

A automatização dos procedimentos intensificou a rotina de trabalho, fazendo com que uma quantidade maior de trabalho se tornasse possível em um menor espaço temporal, tendo portanto impacto direto na aceleração do ritmo com que as tarefas são desenvolvidas, o que constitui um fator de risco tanto de acidentes típicos como do adoecimento físico e psíquico. O número de mercadorias manuseadas pelos trabalhadores aumentou de forma exponencial após a containerização, potencializando o fluxo de capital envolvido, em prejuízo, contudo, do trabalhador, que passou a sofrer maior cobrança quanto à agilidade, celeridade e precisão dos movimentos e quanto à redução de riscos e perdas.

[...] Isso porque a tecnologia entra não só modificando o processo, mas acelerando o ritmo de trabalho. Assim, parece falsa a demanda de redução de trabalhadores argumentada pelos gerenciadores. A nova forma de trabalho intensifica as fainas no porto, e, de acordo com Rosso, a intensificação significa que se trabalha mais, mais trabalho é produzido no

mesmo período de tempo considerado, e no caso do porto, pode ocorrer uma diminuição no tempo para dar conta do acelerado embarque e desembarque de cargas. Vale lembrar que o tempo de permanência do navio no Porto de Santos diminuiu. [...] ⁸

Há vários elementos que devem ser considerados quando se trata de observar especificamente o trabalho portuário e alguns dos mais relevantes são a duração e a interrupção da jornada e a abstenção do trabalho em períodos mais prolongados, como em folgas e férias. Por não possuir um único empregador, o trabalhador portuário avulso muitas vezes se submete a jornadas extenuantes de trabalho, já que pode se colocar à disposição de mais de um operador em um único dia, a depender da quantidade e da duração da tarefa apresentada, o que por vezes significa excesso de horas e ausência de descanso mínimo.

Como cabe ao próprio trabalhador a determinação de suas folgas e férias, representadas pela sua ausência no local de trabalho, em razão da incerteza constante quanto a haver ou não trabalho, ele se vê condicionado a trabalhar sempre que haja oferta, ante o receio de permanecer sem renda por prazo indeterminado. A inconstância própria ao trabalho portuário gera tanto a instabilidade financeira da classe como sua submissão a jornadas fatigantes e extenuantes, o que são ambos fatores de adoecimento.

De modo geral o trabalho portuário é condicionado a exigências elevadas de força física, de resistência, agilidade e

destreza, bem como de conhecimento, atenção e coragem e interação em equipe. Esses componentes se fazem presentes em vários tipos de fainas de forma mais acentuada ou mais leve, dependendo da carga, do navio, do dia de trabalho e das intempéries. As horas extras e a “dobra” parecem comuns quando há trabalho. O trabalhador, quando possível, engaja-se novamente no trabalho após o término da jornada, apesar de normatização da Lei 8.630, que prevê o descanso de onze horas entre duas jornadas.

Uma das características do trabalho, relacionada ao adoecimento, é o volume de trabalho disponível: se há bastante oferta, o trabalhador pode escolher aquele para o qual está mais preparado, ou que é menos exigente fisicamente, mas, quando a oferta é escassa, ele pode ser obrigado a “pegar o que tem”. A tecnologia de movimentação também interfere nesse processo: o trabalho com contêineres envolve fatores determinantes de adoecimento e esforços totalmente diferentes daqueles do embarque de sacas, por exemplo.⁹

As condições de trabalho nem sempre são as melhores, estando os trabalhadores muitas vezes submetidos a intempéries e agentes insalubres ou perigosos, a exemplo do que é relatado por estudiosas do Porto de Santos.

Apenas a categoria dos conferentes dispõe de um local de trabalho ao abrigo das intempéries: cabines confeccionadas em fibra de vidro,

⁸ *Idem*, p. 68/69.

⁹ QUEIROZ, Maria de Fátima Ferreira; VEZZÁ, Flora Maria Gomide; MACIEL, Regina Heloisa. *As condições do trabalho portuário: uma abordagem da ergonomia, Porto de Santos – Saúde e trabalho em tempos de modernização*, São Paulo: Fap-Unifesp, 2015, p. 117.

adquiridas e disponibilizadas por seu sindicato. Embora representem um avanço em termos de conforto, esses postos de trabalho são inadequados para um clima quente e úmido: as temperaturas em seu interior podem ser significativamente mais elevadas do que a temperatura externa.

Quando trabalham dentro dos porões, os estivadores, portalós, guincheiros e consertadores podem estar expostos a temperaturas ambientes muito mais elevadas do que as do ambiente externo, pois os porões abertos recebem incidência direta de luz solar e acumulam calor, graças a sua arquitetura e seu material. Tais condições impõem uma sobrecarga cardiocirculatória que se soma ao esforço físico realizado, especialmente quando da ocorrência de umidade relativa do ar elevada.

A exposição ao clima, a agentes biológicos e fauna sinantrópica (roedores, aves, insetos) presentes no Porto de Santos é parte integrante das condições ambientais, sem que sejam disponibilizados pelas operadoras portuárias, agências ou OGMO, locais de descanso ou proteção durante o tempo de espera no início ou meio da jornada. Também não são disponibilizados protetores solares ou repelentes para insetos, além de o controle da fauna sinantrópica não ser sistematizado.

Os TPAS [trabalhadores portuários] não dispõem, nos atracadouros do cais organizado que foi possível conhecer ao longo deste estudo, de refeitórios ou lanchonetes, tampouco de sanitários. A bordo dos navios, as condições variam muito e nem sempre os TPAS embarcados têm acesso ou disponibilidade de tempo para se deslocar dos locais em que atuam até sanitários ou refeitórios. A falta

dessas facilidades impõe desconforto e contribui para agressões à saúde.

No ambiente de trabalho, tanto no cais como no navio, o nível de ruídos é elevado, tanto de motores (caminhões, guindastes, navios) quanto de impacto de metal contra metal. Há momentos em que o ruído é mais intenso, como durante os momentos de peação e despeação, em que os varões retirados são jogados de uma altura elevada sobre o convés metálico, no caso de embarque/desembarque de contêineres.

Os navios ancorados não desligam seus motores, pois dependem deles para toda a energia a bordo. Isso tem como consequência a emissão de gases da queima de óleo diesel e a ocorrência de níveis sonoros elevados no navio e em seu entorno. A movimentação de caminhões que trazem e levam as cargas movimentadas, de guindastes portêineres e *stackers* também atuam nesse sentido.

Finalmente, há duas outras características do trabalho para a maior parte das categorias portuárias com potencial de agressão à saúde. A primeira delas é o contato com substâncias e com a carga transportada e suas embalagens. Mesmo cargas consideradas não tóxicas como o açúcar, podem servir como agentes agressores nas condições de manipulação existentes.¹⁰

Vê-se, portanto, a atualidade e a relevância do tema da saúde, higiene e segurança dos trabalhadores portuários. Ainda que a ratificação da convenção tenha se dado após uma década de sua vigência em plano internacional, ela veio em boa hora vez que a

10 *Idem*, p. 117/118.

década de 1990 foi marcada pela utilização massiva do contêiner, o que alterou de forma significativa a rotina de trabalho nos portos. A ratificação da Convenção n. 152 da OIT pelo Brasil reafirma o compromisso assumido pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional em zelar pelos direitos sociais e sobretudo pela higidez física e mental de seus trabalhadores.

Considerações finais

O trabalho portuário mereceu a atenção e o cuidado da OIT por meio de duas convenções, que tratam da proteção contra a automação e a favor da saúde, higiene e segurança.

No ano que se comemora o centenário da organização, nada melhor que celebrar a data recordando suas principais disposições, que têm em comum sempre o estabelecimento internacional de parâmetros mínimos para o trabalho digno e decente.

Referências bibliográficas

DURÇO, Karol Araújo. *As convenções da OIT e a regulação do trabalho portuário*. In: Alvarenga, Rúbia Zanotelli de; Colnago, Lorena de Mello Rezende (coords.). *Direito internacional do trabalho e as convenções internacionais da OIT comentadas*. São Paulo: LTr, 2014. p. 341-347.

NETO, Arnaldo Bastos Santos; VENTILARI, Paulo Sérgio Xavier. *O trabalho portuário e a modernização dos portos*, Curitiba: Juruá, 2009.

PAIXÃO, Cristiano; FLEURY, Ronaldo Curado. *Trabalho Portuário – a modernização dos portos e as relações de trabalho no Brasil*, 2ª edição,

São Paulo: Método, 2008.

PEREIRA, Alexandre Martineli Pimentel, *200 anos de abertura dos portos*, REVISTA DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO, n. 01, São Paulo, 2009, p. 84/89.

QUEIROZ, Maria de Fátima Ferreira; MACHIN, Rosana; COUTO, Marcia Thereza (coords.). *Porto de Santos – Saúde e trabalho em tempos de modernização*, São Paulo: Fap-Unifesp, 2015.

REZENDE, Roberto Vieira de Almeida. *A igualdade de direitos entre trabalhador portuário avulso e trabalhador com vínculo permanente*, REVISTA DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO, N. 01, São Paulo, 2009, p. 123/131.

SÁ JÚNIOR, Claubert Brandão de. *A Convenção 137 da OIT e das demais normas sobre o trabalho portuário*. Revista LTr, São Paulo, a. 60, t. I, n. 1, jan. 1996, p. 44-47.

CONTRATO DE TRABALHO MARÍTIMO NAS CONVENÇÕES DA OIT

Ivani Contini Bramante

Sumário. 1. Introdução 2. Direito Marítimo: autonomia, conceito e objeto. 3. Direito Internacional do Trabalho Marítimo 4. Direito Nacional do Trabalhador Marítimo 5. Direito do Trabalho Aquaviário e sua classificação 6. Contrato de trabalho marítimo. Idade mínima. Aptidão física e mental. Qualificação profissional 7. Duração do trabalho marítimo 8. Jornada de trabalho 8.1 Livro obrigatório de controle de jornada 8.2 Duração da jornada de trabalho marítimo 8.3 Regime de prorrogação de jornada - horas extras do marítimo 8.4 Regime de compensação de jornada do marítimo 8.5 Negociação coletiva da jornada do marítimo 8.6 Pré-contratação de horas extras do marítimo 8.7 Trabalho aos domingos e feriados do marítimo 8.8 Intervalo para refeição e descanso do marítimo 9. Remuneração 9.1 Adicional noturno 9.2 Etapa: alimentação fornecida a bordo 9.3 Direito a alojamento e ao lazer. 10. Férias do marítimo.

“Existe um povo que a bandeira empresta
P’ra cobrir tanta infâmia e cobardia!...
E deixa-a transformar-se nessa festa
Em manto impuro de bacante fria!...
Meu Deus! meu Deus! mas que bandeira é
esta,
Que impudente na gávea tripudia?
Silêncio. Musa... chora, e chora tanto
Que o pavilhão se lave no teu pranto! ...
(...)
Mas é infâmia demais! ... Da etérea plaga
Levantai-vos, heróis do Novo Mundo!
Andrada! arranca esse pendão dos ares!
Colombo! fecha a porta dos teus mares!”.
(Castro Alves. Navio Negreiro).

1. Introdução

Em razão da latente importância econômica da navegação, meio principal de comércio internacional, surgem as normativas internacionais sobre o Direito do Mar. Ainda, diante da igual importância a regulação da mão-



Ivani Contini Bramante

Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Doutora e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Relações Coletivas de Trabalho pela Organização Internacional do Trabalho. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Professora Titular de Direito do Processo do Trabalho do Curso de Graduação do Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

de-obra, apta a exercer as funções relacionadas com as atividades navais, marítimas, portuárias, comerciais, petrolíferas, alfandegárias, aduaneiras e de logísticas, exsurge a relevância do Direito do Trabalho Marítimo e seus desdobramentos. Anote-se, principalmente, a existência de conflito de normas decorrente da diversidade de nacionalidade das embarcações, das cargas, dos trabalhadores e, dos locais de celebração dos contratos e de seu cumprimento.

O objeto do presente ensaio é o regime do trabalho marítimo, na visão da OIT, tendo em conta as especificidades das condições de execução do trabalho, realizado em confinamento em embarcações, no mais das vezes em alto mar e por longo tempo. Alia-se à escassez do trato da matéria em sede jurídica interna, no Brasil.

2. Direito Marítimo: autonomia, conceito e objeto.

O Direito Marítimo e por definição é um conjunto de normas (regras e princípios), organismos, instituições e institutos, que tem como objeto principal a regulamentação das relações jurídicas de navegação e de transportes aquaviários marítimo, fluvial e lacustre, feitos por navio, embarcação ou plataformas flutuantes.

A atividade econômico-comercial não prescinde da mão-de-obra ou da tripulação. Quanto ao objeto, há uma Teoria Geral do Direito Marítimo, nela incluída o Direito do Mar, o Direito da Navegação, o Direito do Trabalho Marítimo, o Direito Portuário, o Direito ao Meio Ambiente Marítimo .

O Direito Marítimo mantém relação estreita com as disciplinas ligadas à livre

iniciativa econômica internacional; o desenvolvimento sustentável; a valorização do trabalho humano; a preservação do meio ambiente e; a prevalência dos direitos humanos fundamentais: Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado; Direito da Concorrência; Direito Securitário Marítimo; Direito Constitucional; Direito Administrativo, Direito Tributário Aduaneiro, Direito do Comercio Exterior, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Civil, Direito Securitário, Direito de Seguridade Social, Engenharia Naval, Meteorologia, Geologia, Física, Oceanografia, etc.

Dada a relevância e extensão do seu objeto, o Direito Marítimo tem assento constitucional, compete a União legislar sobre o tema (artigo art. 22, inciso, I, X e XI,CF/88).

Inúmeras são as normas internacionais que tratam do Direito do Mar: Convenção de Genebra sobre o Direito do Mar (1958) sobre o mar territorial, pesca e conservação dos recursos biológicos do mar, acesso ao mar de países sem litoral e a plataforma continental.

A Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida no Mar (SOLAS/1975 - *International Convention for the Safety of Life at Sea*), em sua primeira versão(SOLAS/1914) se deu por conta do acidente com o Titanic e foi revisada em 1928, em 1948, em 1965, em 1975. A Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios (MARPOL 73/74) surgiu por causas operacionais e acidentais, decorrentes da poluição por óleo, produtos químicos, e substâncias nocivas em embalagens, esgoto e lixo .

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (Montego Bay - CNUDM/82) adota conceitos do Direito Internacional

Costumeiro referentes a: soberania do Estado costeiro sobre as águas adjacentes (e, por oposição, conceitua o alto-mar); mar territorial, zona econômica exclusiva, plataforma continental e outros. Ainda, estabelece os princípios gerais da exploração dos recursos naturais do mar, como os recursos vivos, os do solo e os do subsolo e, normas a respeito da gestão dos recursos marinhos e do controle da poluição. A Convenção também criou o Tribunal Internacional do Direito do Mar, competente para julgar as controvérsias relativas à interpretação e aplicação do tratado.

O Brasil ratificou a Convenção de Montego Bay/82 em dezembro de 1988, e editou o Decreto 98.145, de 15 de setembro, de 1989. A Lei 8.617, de 4 de janeiro, de 1993, fixou a largura do mar territorial brasileiro como sendo de 12 milhas marítimas e, de zona econômica exclusiva de 188 milhas adjacentes.

3. Direito Internacional do Trabalho Marítimo - Consolidação de todas as Convenções do Trabalho Marítimo da OIT (CCTM/2006)

Na seara do Direito do Trabalho, a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, reuniu-se em 7 de Fevereiro de 2006, da qual resultou a *Consolidação de todas as Convenções do Trabalho Marítimo de 2006 (CCTM/2006)*, pelo agrupamento de 36 Convenções e um Protocolo, que foram revisadas e inseridas num único diploma internacional, a saber:

▪Convenção nº. 7 sobre a idade mínima de admissão ao emprego (trabalho marítimo) de 1920. Ratificada pelo Brasil em: 08/06/1936. Denunciada, como resultado da ratificação da

Convenção n.º 58 em 09.01.1974

▪Convenção nº. 8 sobre a indenização por desemprego em caso de perda por naufrágio de 1920

▪Convenção nº. 9 sobre a colocação dos marítimos de 1920

▪Convenção nº. 16 sobre o exame médico dos jovens (trabalho marítimo) de 1921. Ratificada pelo Brasil em 08/06/1936.

▪Convenção nº. 22 sobre o contrato de trabalho dos marítimos de 1926. Ratificada pelo Brasil em 18/06/1965.

▪Convenção nº. 23 sobre o repatriamento dos marítimos de 1926

▪Convenção nº. 53 sobre os certificados de aptidão dos oficiais de 1936. Ratificada pelo Brasil em 12/10/1938.

▪Convenção nº. 54 sobre as férias remuneradas dos marítimos de 1936

▪Convenção nº. 55 sobre as obrigações do armador em caso de doença ou de acidente dos marítimos de 1936

▪Convenção nº. 56 sobre o seguro de doença dos marítimos de 1936

▪Convenção nº. 57 sobre a duração do trabalho a bordo e as lotações de 1936

▪Convenção nº. 58 sobre a idade mínima de admissão ao emprego (trabalho marítimo), revista de 1936. 12/10/1938. Ratificada em 12/10/1938. Denunciada, como resultado da ratificação da Convenção n.º 138 em 26.06.2001.

▪Convenção nº. 68 sobre a alimentação e serviço de mesa a bordo (tripulação dos navios) de 1946

▪Convenção nº. 69 sobre o diploma de aptidão profissional dos cozinheiros de bordo de 1946

▪Convenção nº. 70 sobre a segurança social dos marítimos de 1946

▪Convenção nº. 72 sobre as férias remuneradas

dos marítimos de 1946

▪ Convenção nº. 73 sobre o exame médico dos marítimos de 1946

▪ Convenção nº. 74 sobre o certificado de aptidão de marinheiro qualificado de 1946

▪ Convenção nº. 75 sobre o alojamento da tripulação a bordo de 1946

▪ Convenção nº. 76 sobre os salários, a duração do trabalho a bordo e as lotações de 1946

▪ Convenção nº. 91 sobre as férias remuneradas dos marítimos (revista) de 1949. Ratificada pelo Brasil em 18/06/1965 Denunciada, como resultado da ratificação da Convenção n.º 146 em 24.09.1998

▪ Convenção nº. 92 sobre o alojamento da tripulação a bordo (revista) de 1949. Ratificada pelo Brasil em 08/06/1954

▪ Convenção nº. 93 sobre os salários, a duração do trabalho a bordo e as lotações (revista) de 1949. Ratificada pelo Brasil em 18/06/1965. A Convenção não entrou em vigor.

▪ Convenção nº. 109 sobre os salários, a duração do trabalho a bordo e as lotações (revista) de 1958. Ratificada pelo Brasil em 30/11/1966. A Convenção não entrou em vigor

▪ Convenção nº. 133 sobre o alojamento da tripulação a bordo (disposições complementares) de 1970. Ratificada pelo Brasil em 16/04/1992.

▪ Convenção nº. 134 sobre a prevenção de acidentes (marítimos) de 1970. Ratificada pelo Brasil em 25/07/1996

▪ Convenção nº. 145 sobre a continuidade do emprego (marítimos) de 1976. Ratificada pelo Brasil em 18/05/1990

▪ Convenção nº. 146 sobre as férias anuais remuneradas (marítimos) de 1976. Ratificada pelo Brasil em 24/09/1998.

▪ Convenção nº. 147 sobre as normas mínimas

a observar nos navios mercantes de 1976. Ratificada pelo Brasil em 17/01/1991.

▪ Protocolo de 1996 relativo à convenção nº. 147 sobre as normas mínimas a observar nos navios mercantes de 1976 (não foi ratificado pelo Brasil).

▪ Convenção nº. 163 sobre o bem-estar dos marítimos de 1987. Ratificada pelo Brasil em 17/01/1991.

▪ Convenção nº. 164 sobre a proteção da saúde e os cuidados médicos do pessoal do mar de 1987. Ratificada pelo Brasil em 04/03/1997.

▪ Convenção nº. 165 sobre a segurança social dos marítimos (revista) de 1987

▪ Convenção nº. 166 sobre o repatriamento dos marítimos (revista) de 1987. Ratificada pelo Brasil em 04/03/1997.

▪ Convenção nº. 178 sobre a inspeção do trabalho (marítimos) de 1996. Ratificada pelo Brasil em 21/12/2007.

▪ Convenção nº. 179 sobre o recrutamento e a colocação dos marítimos de 1996

▪ Convenção nº. 180 sobre a duração do trabalho dos marítimos e as lotações a bordo de navios de 1996.

▪ Convenção nº 185 da OIT (revisada): Convenção que trata do novo Documento de Identidade do Trabalhador Marítimo. Ratificação: 21/01/2010; Promulgação: Decreto nº 8.605, de 18/12/2015 - DOU 21/12/2015.

Agregue-se, que das 188 Convenções elaboradas pela OIT, 36 delas tratam do trabalho do marítimo. O Brasil não ratificou todas as normas internacionais sobre o trabalho marítimo. Entretanto, não há dúvidas sobre a aplicação, no direito pátrio, da Consolidação das Convenções do Trabalho Marítimo de 2006 (CCTM/2006), pois: o Brasil é membro

da organização (OIT); há aderência do direito ao trabalho ao direito à vida; há abertura material do catálogo dos direitos fundamentais (art. 5º, § 2º, CF/88e; a dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho são valores estruturantes do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

A Convenção nº 185, do ano de 2003, da OIT, não constou do agrupamento da Consolidação das Convenções de Marítimo de 2006, mas deve ser agregada na sua aplicação.

Como se vê, o objeto do Direito Marítimo é amplo. Afunilando o objeto do presente estudo, o foco será dirigido ao ramo do Direito do Trabalho, na relação jurídica do contrato de trabalho do marítimo. À vista dos estreitos limites do presente articulado, Não serão objeto de estudo: o Trabalho Portuário; o Meio Ambiente, Segurança, Higiene e Medicina do Trabalho; a Seguridade Social do Marítimo e; tampouco os aspectos da jurisdição processual trabalhistas.

4. Direito Nacional do Trabalhado Marítimo

Valentim Carrion, anota que o Direito do Trabalho Marítimo é fragmentado. Há carência de normas precisas, que atendam as circunstâncias especiais do trabalho confinado á bordo da embarcação.

Aos integrantes da categoria profissional dos marítimos aplicam-se simultaneamente a legislação nacional, bem como as disposições das Convenções da Organização Internacional do Trabalho, ratificadas pelo Brasil, a saber: nº16 (exame médico), nº22 (engajamento de marinheiro), nº53 (capacidade profissional de capitão e oficial), nº58 (idade mínima), nº92 (alojamento), nº93 (salário e jornada), nº108

(carteira de identidade), nº109 (duração do trabalho e salário), nº126 (alojamento em navio de pesca), nº133 (alojamento a bordo), nº134 (prevenção de acidente), nº145 (continuidade do emprego), nº146 (férias remuneradas) nº147 (normas mínimas da marinha mercante) nº152 (segurança e higiene) nº163 (bem-estar dos marítimos), nº164 (proteção da saúde e cuidados médicos) e nº166 (repatriamento), nº178 (inspeção do trabalho), nº185 (documento de Identidade da gente do mar).

O trabalho do marítimo é tratado de na legislação nacional, pelas seguintes normativas:

- Carta Federal de 1988, sobre a proteção ao trabalho (arts. 7º e incisos, usque art. 11);
- Decreto Lei nº 5.452, de 1943 (CLT): Artigos 150 a 152, que tratam das férias do marítimo; Artigos 248 a 252, que tratam “das equipagens das embarcações da marinha mercante nacional, de navegação fluvial e lacustre, do tráfego nos portos e da pesca.”
- Lei nº 2.180, de 1954: Dispõe sobre o Tribunal Marítimo, determina sua jurisdição sobre “o pessoal da Marinha Mercante brasileira” e “os marítimos estrangeiros, em território ou águas territoriais brasileiras” (Art. 10), além de trazer as definições (Art. 12).
- Decreto Lei nº 190, de 1967: Dispõe sobre o despacho de embarcações e dá outras providências.
- Decreto nº 64.385, de 1969: Regulamenta o Decreto-lei nº 190, de 1967, que dispõe sobre o despacho de embarcações e dá outras providências.
- Decreto Lei nº 666, de 1969: Institui a obrigatoriedade de transporte em navio de bandeira brasileira e dá outras providências.
- Decreto Lei nº 691, de 1969: Dispõe sobre

a não aplicação, aos contratos de técnicos estrangeiros, com estipulação de pagamento de salários em moeda estrangeira, de diversas disposições da legislação trabalhista, e dá outras providências (aplicável aos estrangeiros que laboram em embarcações nacionais).

▪Lei nº 5.811, de 1972: Dispõe sobre o regime de trabalho dos empregados nas atividades de exploração, perfuração, produção e refinação de petróleo, industrialização do xisto, indústria petroquímica e transporte de petróleo e seus derivados por meio de dutos. Aplicável aos empregados marítimos de plataformas petrolíferas e navios petroleiros.

▪Lei nº 7.064, de 1982: Dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior. Aplica-se aos marítimos brasileiros contratados no Brasil para trabalhar em navios estrangeiros fora das águas jurisdicionais brasileiras.

▪Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997: Dispõe sobre a Ordenação do Transporte Aquaviário (OTA/97), e cuida dos tipos de navegação e respectivos regimes, bem como, do contrato afretamento de embarcações. Somem-se as aplicação das normas oriundas de convenções acordos coletivos de trabalho, quanto ao trabalho marítimo, nas empresas privadas ou públicas e órgãos da administração direta ou indireta, nacional ou estrangeira. A Lei 9432/97 (OTA/97) é aplicável aos armadores; às empresas de navegação e às embarcações brasileiras; às embarcações estrangeiras afretadas por armadores brasileiros; às empresas de navegação e; às embarcações estrangeiras amparados por acordos firmados pela União. Aplica-se, inclusive, as normas de Segurança e Medicina do Trabalho (NR-30- Portaria MTE 100/2013) às embarcações de

bandeira estrangeira, que operem por mais de 90 dias em águas jurisdicionais brasileiras e com trabalhadores brasileiros a bordo. Desta feita, abrange os trabalhadores das embarcações: a) de pesca industrial, comercial e artesanal; b) embarcações e plataformas destinadas à exploração e produção de petróleo; c) embarcações específicas para a realização do trabalho submerso e; d) outras atividades realizadas a bordo de embarcações, em plataformas e navios-plataforma, em qualquer tipo de navegação, em mar aberto e no interior do continente, marítimo, fluvial e lacustre.

▪Decreto nº 2.256, de 1997: Regulamenta o Registro Especial Brasileiro - REB, para embarcações de que trata a Lei nº 9.432, de 1997.

▪Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997: Dispõe sobre a Segurança do Tráfego Aquaviário em Águas Sobre Jurisdição Nacional (LESTA/97), que define o trabalho aquaviário, bem como a sua regulamentação feita pelo Decreto nº 2.596, de 18 de maio de 1998 (RELESTA/98) e respectivas Normas e Regulamentos da Autoridade Marítima.

▪Decreto nº 4.406, de 2002: Estabelece diretrizes para a fiscalização em embarcações comerciais de turismo, seus passageiros e tripulantes.

▪Lei nº 11.380, de 2006: Institui o Registro Temporário Brasileiro para embarcações de pesca estrangeiras arrendadas ou afretadas, a casco nu, por empresas, armadores de pesca ou cooperativas de pesca brasileiras e dá outras providências.

▪Resolução Normativa nº 71, de 2006, do Conselho Nacional de Imigração - CNI - MTE: Disciplina a concessão de visto a marítimo estrangeiro empregado a bordo de embarcação de turismo estrangeira que opere em águas

jurisdicionais brasileiras.

▪ Resolução Normativa nº 72, de 2006, do Conselho Nacional de Imigração - CNI - MTE: Disciplina a chamada de profissionais estrangeiros para trabalho a bordo de embarcação ou plataforma estrangeira.

▪ Resolução Normativa nº 80, de 2008, do Conselho Nacional de Imigração - CNI - MTE: Disciplina a concessão de autorização de trabalho para obtenção de visto temporário a estrangeiro com vínculo empregatício no Brasil. Aplicável ao tripulante estrangeiro em navio de bandeira brasileira em águas jurisdicionais brasileiras.

▪ Normas Regulamentadoras de Segurança e Medicina do Trabalho, (Portaria 3214/78) em especial a NR-30, e ainda as

Quanto ao aspecto subjetivo, a legislação e normas nacionais alcançam os trabalhadores marítimos que prestam serviços nas embarcações comerciais, de bandeira nacional, bem como às de bandeiras estrangeiras, no limite do disposto na Convenção n.º 147 da OIT - Normas Mínimas para Marinha Mercante, utilizadas no transporte de mercadorias ou de passageiros, e embarcações utilizadas na prestação de serviços.

5. Direito do Trabalho Aquaviário e sua classificação

O trabalho aquaviário é gênero do qual o trabalho marítimo é espécie. A Lei 9537/97 (LESTA/97), em seu artigo 2º, II estabelece: aquaviário é todo aquele com habilitação certificada pela autoridade marítima para operar embarcações em caráter profissional. A LESTA/97, em seu artigo 2º, traz inúmeras definições e conceitos úteis, de modo a dissipar dúvidas acerca do

peçoal do mar ou fluvial (embarcado) e peçoal da terra (terminais portuários), a saber:

I- Amador - todo aquele com habilitação certificada pela autoridade marítima para operar embarcações de esporte e recreio, em caráter não profissional;

II - Aquaviário - todo aquele com habilitação certificada pela autoridade marítima para operar embarcações em caráter profissional;

III - Armador - pessoa física ou jurídica que, em seu nome e sob sua responsabilidade, presta a embarcação com fins comerciais, pondo-a ou não a navegar por sua conta;

IV - Comandante (também denominado Mestre, Arrais ou Patrão) - tripulante responsável pela operação e manutenção de embarcação, em condições de segurança, extensivas à carga, aos tripulantes e às demais pessoas a bordo;

V - Embarcação - qualquer construção, inclusive as plataformas flutuantes e, quando rebocadas, as fixas, sujeita a inscrição na autoridade marítima e suscetível de se locomover na água, por meios próprios ou não, transportando pessoas ou cargas;

VI - Inscrição da embarcação - cadastramento na autoridade marítima, com atribuição do nome e do número de inscrição e expedição do respectivo documento de inscrição;

VII - Inspeção Naval - atividade de cunho administrativo, que consiste na fiscalização do cumprimento desta Lei, das normas e regulamentos dela decorrentes, e dos atos e resoluções internacionais ratificados pelo Brasil, no que se refere exclusivamente à salvaguarda da vida humana e à segurança da navegação, no mar aberto e em hidrovias interiores, e à prevenção da poluição ambiental por parte de embarcações, plataformas fixas ou suas instalações de apoio;

VIII - Instalação de apoio - instalação ou equipamento, localizado nas águas, de apoio à execução das atividades nas plataformas ou terminais de movimentação de cargas;

IX - Lotação - quantidade máxima de pessoas autorizadas a embarcar;

X - Margens das águas - as bordas dos terrenos onde as águas tocam, em regime de cheia normal sem transbordar ou de preamar de sizígia;

XI - Navegação em mar aberto - a realizada em águas marítimas consideradas desabrigadas;

XII - Navegação Interior - a realizada em hidrovias interiores, assim considerados rios, lagos, canais, lagoas, baías, angras, enseadas e áreas marítimas consideradas abrigadas;

XIII - Passageiro - todo aquele que, não fazendo parte da tripulação nem sendo profissional não tripulante prestando serviço profissional a bordo, é transportado pela embarcação;

XIV - Plataforma - instalação ou estrutura, fixa ou flutuante, destinada às atividades direta ou indiretamente relacionadas com a pesquisa, exploração e exploração dos recursos oriundos do leito das águas interiores e seu subsolo ou do mar, inclusive da plataforma continental e seu subsolo;

XV - Prático - aquaviário não tripulante que presta serviços de praticagem embarcado;

XVI - Profissional não tripulante - todo aquele que, sem exercer atribuições diretamente ligadas à operação da embarcação, presta serviços eventuais a bordo;

XVII - Proprietário - pessoa física ou jurídica, em nome de quem a propriedade da embarcação é inscrita na autoridade marítima e, quando legalmente exigido, no Tribunal Marítimo;

XVIII - Registro de Propriedade da Embarcação - registro no Tribunal Marítimo, com a expedição

da Provisão de Registro da Propriedade Marítima;

XIX - Tripulação de Segurança - quantidade mínima de tripulantes necessária a operar, com segurança, a embarcação;

XX - Tripulante - aquaviário ou amador que exerce funções, embarcado, na operação da embarcação;

XXI - Vistoria - ação técnico-administrativa, eventual ou periódica, pela qual é verificado o cumprimento de requisitos estabelecidos em normas nacionais e internacionais, referentes à prevenção da poluição ambiental e às condições de segurança e habitabilidade de embarcações e plataformas.

A definição de trabalho aquaviário é abrangente e vem regulado na Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997, de Segurança do Tráfego Aquaviário (LESTA/97). O Decreto nº 2.596, de 18 de maio de 1998 (RELESTA/98), classifica as espécies de trabalho aquaviário em seis (6) em grupos de profissionais, a saber: marítimos, fluviários, pescadores, mergulhadores, práticos, agentes de manobras. Desta feita, a lei indica as atividades de trabalho de cada um dos profissionais:

1º Grupo - Marítimos: tripulantes que operam embarcações classificadas para navegação em mar aberto, apoio portuário e para a navegação interior nos canais, lagoas, baías, angras, enseadas e áreas marítimas consideradas abrigadas;

2º Grupo - Fluviários: tripulantes que operam embarcações classificadas para a navegação interior nos lagos, rios e de apoio fluvial;

3º Grupo - Pescadores: tripulantes que exercem atividades a bordo de embarcação de pesca;

4º Grupo - Mergulhadores: tripulantes ou profissionais não tripulantes com habilitação certificada pela autoridade marítima para exercer atribuições diretamente ligadas à operação da embarcação e prestar serviços eventuais a bordo às atividades subaquáticas;

5º Grupo - Práticos: aquaviários não tripulantes que prestam serviços de praticagem embarcados;

6º Grupo - Agentes de Manobra e Docagem: aquaviários não tripulantes que manobram navios nas fainas em diques, estaleiros e carreiras.

A LESTA/97 se aplica a todas as embarcações brasileiras (exceto as embarcações de guerra) em águas sob jurisdição nacional e estrangeiras, respeitadas a soberania do Estado costeiro; às embarcações estrangeiras e às aeronaves na superfície das águas sob jurisdição nacional.

Quanto às pessoas abrange todos os tripulantes. Considera-se pessoal do mar todos os tripulantes embarcados: profissionais; profissional não tripulante que presta serviço a bordo, e os passageiros. Quanto às profissões, na conformidade do artigo 7º, da LESTA/97, o embarque e desembarque dos tripulantes submetem-se às regras do contrato de trabalho do aquaviário, incluído o marítimo, que deve possuir o nível de habilitação, estabelecido pela Autoridade Marítima, para o exercício de cargos e funções a bordo das embarcações. Assim, integram a categoria de marítimos aqueles arroladas no Anexo I do Decreto 2596/98 (RELESTA/98), divididos na seguintes seções:

a) Seção de convés: capitão de longo curso, capitão de cabotagem, 1º e 2º oficial de náutica, mestre de cabotagem, contramestre, marinheiro de convés, moço de convés,

marinheiro auxiliar de convés; Seção de Máquinas: oficial superior de máquinas, 1º e 2º oficial de máquinas, eletricista, condutor de máquinas, marinheiro de máquinas, moço de máquinas, marinheiro auxiliar de máquinas;

b) Seção de Câmaras: cozinheiro e taifeiro (criado de bordo);

c) Seção de Saúde: enfermeiro e auxiliar de saúde: todos os integrantes desta categoria são considerados tripulantes quando exercem funções embarcados, e na operação de embarcação (art.2º, XX da Lei n. 9.537 de dezembro de 1997 e art. 33, Anexo I, do Decreto n. 2.596 de maio de 1998).

O trabalho marítimo é o exercido pelos tripulantes que operam embarcações classificadas para: navegação em mar aberto e navegação interior nos canais, lagoas, baías, angras, enseadas e áreas marítimas. A Lei 9432/97 (OTA/97) em seu artigo 2º, aponta os tipos de navegação:

I-navegação de apoio portuário: a realizada exclusivamente nos portos e terminais aquaviários, para atendimento a embarcações e instalações portuárias;

II-navegação de apoio marítimo: a realizada para o apoio logístico a embarcações e instalações em águas territoriais nacionais e na Zona Econômica, que atuem nas atividades de pesquisa e lavra de minerais e hidrocarbonetos;

III-navegação de cabotagem: a realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores;

IV-navegação interior: a realizada em hidrovias interiores, em percurso nacional ou internacional;

V-navegação de longo curso: a realizada entre

portos brasileiros e estrangeiros;

VI-navegação de travessia: aquela realizada:(Incluído pela Lei 12379, de 2010)

a) transversalmente aos cursos dos rios e canais;(Incluído pela Lei 12379, de 2010)

b) entre 2 (dois) pontos das margens em lagos, lagoas, baías, angras e enseadas;(Incluído pela Lei 12379, de 2010)

c) entre ilhas e margens de rios, de lagos, de lagoas, de baías, de angras e de enseadas, numa extensão inferior a 11 (onze) milhas náuticas; (Incluído pela Lei 12379, de 2010)

d) entre 2 (dois) pontos de uma mesma rodovia ou ferrovia interceptada por corpo de água. (Incluído pela Lei nº 12;379, de 2010).

O artigo 3º e o parágrafo único do RELESTA/98 indicam as espécies de navegação, em mar aberto e no interior do continente. Considera-se navegação em mar aberto: a) longo curso; b) cabotagem; c) apoio marítimo. Considera-se navegação no interior do continente: a realizada em hidrovias interiores, assim considerados rios, lagos, canais, lagoas, baías, angras, enseadas e áreas marítimas consideradas. Sinale-se que sói acontecer a navegação mista, parte no mar e parte em águas fluviais, caso em que ensancha o direito á isonomia dos direitos da respectiva categoria de trabalho aquaviário.

6. Contrato de trabalho marítimo. Idade mínima. Aptidão física e mental. Qualificação profissional.

O trabalho aquaviário é gênero e tem como uma das espécies o trabalho marítimo, aqueles que exercem atividade a bordo de embarcação classificada para a navegação. Valentin Carrion

considera trabalhador marítimo os que exercem suas atividades a bordo de uma embarcação, inclusive as embarcações portuárias e de tráfego local (...).

O trabalhador marítimo é aquele que, de forma habitual e permanente, se ativa embarcado em alto mar, na operação de embarcação, sujeito ao confinamento por períodos breves, intermitentes ou longos. A definição não inclui toda e qualquer pessoa que presta serviços em embarcação. Para muitos, é considerado marítimo o trabalhador que presta serviços em embarcação independente da sua finalidade. De fato, considera-se embarcação aquela suscetível de locomoção na água, por meios próprios ou rebocadas, para transporte de pessoas ou cargas, incluídas as plataformas marítimas flutuantes e fixas, sujeitas à inscrição na autoridade marítima e (art. 2.º, inc. V, da Lei 9.537/1997).

Entretanto, a questão não é pacífica, na medida em que a Lei 9432/97 (OTA/97) não se aplica: aos navios de guerra e de Estado; aqueles que não estejam empregados em atividades comerciais; as embarcações de esporte e recreio; as embarcações de turismo; as embarcações de pesca; as embarcações de pesquisa (art. 1º, § único). Logo, para a corrente restritiva, não é marítimo:

a) aquele que presta serviço, predominante, em terra firme, no escritório ou nos estaleiros onde é feita a manutenção dos barcos rebocadores.

b) o trabalho de transbordo, limpeza, vigilância, vendedor de balcão, boutiques, quiosques; ou para trabalho de recreação, ginástica, musculação. Isto porque, os trabalhadores desses segmentos de atividade são considerados tripulantes, não são empregados do armador;

são empregados terrestres, das categorias profissionais mais variadas (comércio, indústria naval, serviços, limpeza e conservação, metalurgia e outros), pois prestam serviços periféricos em relação à dinâmica ordinária da atividade de navegação .

c) o doméstico, regido pela Lei 5.859/72 e Emenda Constitucional 72/ 2013, que presta serviços de vigilância, limpeza e direção, em embarcação destinada ao lazer da família. Dessa forma, não tendo a embarcação finalidade lucrativa, é considerada como extensão do âmbito residencial do empregador .

d) trabalhador em oficinas, estaleiros de construção naval e aqueles que labutam na carga e descarga nos portos .

Perfilamos a corrente ampliativa, para fins do Direito do Trabalho, será considerado marítimo todo trabalhador que labuta embarcado independente da destinação da embarcação ou do navio. A regra vale também para as embarcações estrangeiras, pois o art. 7º, da Lei 9432/97, estipula que somente poderão participar do transporte de mercadorias na navegação: de cabotagem; no interior de percurso nacional; no apoio portuário e; no apoio marítimo quando afretadas por empresas brasileiras de navegação.

No plano internacional, as normas referentes aos contratos do trabalhador marítimo foram previstas inicialmente na Convenção nº. 22 (OIT), ratificada pelo Brasil em 1965. No plano interno, o contrato de trabalho marítimo rege-se pela Consolidação das Leis do Trabalho, observadas as especialidades e, também, pelas legislações esparsas.

O contrato de trabalho do marítimo é especial, por causa da especialidade da

prestação de serviços em alto mar, em viagens, confinado e alojado no próprio local de trabalho; e por conta da intervenção estatal na regulação da profissão e; porque relacionado com aos transportes explorados por concessão estatal, em navegação interna, e ou pelos motivos relacionados com a segurança e salvaguarda da vida humana .

O contrato de trabalho do marítimo exige: livre manifestação de vontade, agente capaz com, aptidão física mental e idade mínima, bem como, formação, qualificação e habilitação profissional, com certificado de trabalho marítimo e declaração de conformidade do trabalho marítimo.

Quanto a idade mínima, a Convenção 138, da OIT, ratificada pelo Decreto 4.134/02, estabelece que o País-Membro deverá especificar uma idade mínima para admissão a emprego ou trabalho em seu território. As Convenções nº 7 e nº 58, da OIT, ambas ratificadas pelo Brasil, trazem a idade mínima de 15 anos, para o trabalho a bordo de navio. Entretanto, a *Consolidação das Convenções do Trabalho Marítimo de 2006 (CCTM/2006)* exige a idade mínima de 16 anos e, de 18 anos para o trabalho noturno. Na mesma linha, o inciso XXXIII, do artigo 7º, da CF/88, proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos. A questão vem tratada nos artigos 402 à 410, da CLT. Ainda, a Constituição Federal (art. 227, § 3º, III) garante o acesso do trabalhador adolescente à escola, o que torna incompatível com o trabalho marítimo, por conta do confinamento na embarcação em alto mar, em navegação de longo curso.

Quanto à aptidão física mental, as

Convenções nº16 e nº 73, (OIT) e a Regra 1.2 da CCTM/2006 estatuem: nenhum marítimo pode trabalhar a bordo de um navio sem possuir um certificado médico. A primeira cuida do atestado médico para os menores; a segunda para todos os marítimos. O Brasil ratificou apenas a Convenção nº 16 (OIT). Quanto ao tema Segurança e Medicina do Trabalho, exigência de exames médicos admissionais, periódico e demissionais, vem tratadas nos arts.154 a 201, da CLT, bem como a Norma Regulamentadora n. 30, da Portaria 3214/78 do MTE, que trata do trabalho aquaviário.

Quanto à forma o contrato de trabalho marítimo é solene, pois exige requisitos específicos, inclusive de formação e de habilitação profissional.

Quanto à formação, qualificação, recrutamento e colocação profissional as Convenções nº 9 (colocação dos marítimos) e a nº 179 (recrutamento e a colocação dos marítimos), não foram ratificadas pelo Brasil. Entre nós, a Lei nº 7.573, de 23 de dezembro de 1986, dispõe sobre o Ensino Profissional Marítimo, regulada pelo Decreto nº 94.536, de 29 de junho de 1987, e tem por objetivo a habilitação e a qualificação profissional dos seguintes Grupos de Pessoal da Marinha Mercante e atividades correlatas: a) Marítimos, b) Fluviários, c) Pescadores, d) Regionais, e) Trabalhadores Avulsos da Orla Portuária, f) Mergulhadores, g) Outros grupos profissionais não relacionados acima, para atendimento do mercado de trabalho marítimo, a critério da Diretoria de Portos e Costas.

Quanto ao certificado de trabalho e declaração de conformidade do trabalho marítimo, a Regras 1.3 e 1.4, da *Consolidação das Convenções do Trabalho Marítimo de*

2006, trata do assunto. Ademais, o artigo 7º, da Lei 9537/97 (LESTA/97), determina que o aquaviário deve possuir nível de habilitação, estabelecido pela Autoridade Marítima para o exercício de suas funções.

No que tange ao desenvolvimento das carreiras e das aptidões, o Brasil não ratificou as Convenções nº 69 e nº 74 (OIT), que versam sobre o tema. A *Consolidação das Convenções do Trabalho Marítimo de 2006* determina que todos os Estados devem adotar políticas nacionais, de modo a promover o emprego no setor marítimo, bem como, a organização e o desenvolvimento das aptidões profissionais, com a melhoria das oportunidades de emprego.

7. Duração do contrato de trabalho marítimo

O contrato do marítimo pode ser a prazo certo, por viagem certa, ou por prazo indeterminado. O prazo contratual não vence com o empregado confinado na embarcação. Ainda, as várias embarcações a prazo e sucessivas passam a ser consideradas uma relação de trabalho por tempo indeterminado, por aplicação do princípio da continuidade da relação de emprego do marítimo, conforme Convenção nº 145 (OIT), ratificada pelo Brasil, pelo Decreto Legislativo 66, de 18 de maio de 1990.

De acordo com o artigo 2º, da Convenção 145, os Estados devem adotar política nacional que permita, na medida do possível, a manutenção de um, um emprego contínuo e regular. Deve ser garantido ao marítimo, ainda, a concessão de uma quantidade mínima de períodos de emprego, de renda ou de alocação em posto de trabalho.

Dispõe o artigo 4º, item 1, da Convenção

145, da OIT, que quando a continuidade do emprego da gente do mar depender apenas do estabelecimento e manutenção de registros ou relações, devem compreender todas as categorias profissionais da gente do mar, segundo modalidades que a legislação ou prática nacional ou as convenções coletivas o determinarem.

A norma internacional denomina de *gente do mar* todos os trabalhadores marítimos, assim considerados aqueles que, habitualmente, são empregados e, que compõe a equipe de bordo de um navio marítimo, que não seja navio de guerra e navio de pesca, caça da baleia ou a operações similares. O artigo 4º, item 2, determina que a *gente do mar* inscrita no registro terá prioridade na contratação para a navegação. Determina, ainda a Convenção a consulta às organizações de trabalhadores e empregadores, para efeito de elaboração e revisão das definições nela estabelecidas, o que encontra espeque no artigo 8º, e incisos, da Constituição Federal de 1988.

8 Jornada de trabalho do marítimo

8.1 Livro obrigatório de controle de jornada

Na forma dos artigos 149 a 251, da CLT, fica obrigatório o livro de ponto a bordo de todas as embarcações, destinado ao efetivo controle de horário da tripulação. Nesse passo, é nula a convenção coletiva de trabalho que dispensa o livro de ponto obrigatório.

8.2 Duração da jornada de trabalho marítimo

As duas Convenções da OIT, nº 57 e nº 180, sobre a duração do trabalho e pausas, não foram ratificadas pelo Brasil. A *Consolidação*

das Convenções do Trabalho Marítimo de 2006 (CCTM/2006), na Norma A2.3, estabelece que jornada não pode ultrapassar 14 horas, em cada período de 24 horas e; de 72 horas em cada período de 7 dias.

A duração normal do trabalho vem prevista no artigo 7º, XIII, da Constituição Federal, de 8 horas diárias e 44 semanais. O empregado marítimo tem tratamento diferenciado daquele disciplinado nos artigos 57 a 73. Os artigos 248 a 259 da, CLT, regulam o trabalho das equipagens das embarcações da marinha mercante nacional, de navegação fluvial e lacustre, do tráfego nos portos e da pesca.

Nos termos do artigo 249, da CLT, a jornada diária máxima será de 8 horas diárias, sendo o que sobejar considerado como hora extraordinária, podendo ser compensada, salvo se o labor for prestado:

“a) em virtude de responsabilidade pessoal do tripulante e no desempenho de funções de direção, sendo consideradas como tais todas aquelas que a bordo se achem constituídas em um único indivíduo com responsabilidade exclusiva e pessoal;

b) na iminência de perigo, para salvaguarda ou defesa da embarcação, dos passageiros, ou da carga, a juízo exclusivo do comandante ou do responsável pela segurança a bordo;

c) por motivo de manobras ou fainas gerais que reclamem a presença, em seus postos, de todo o pessoal de bordo;

d) na navegação lacustre e fluvial, quando se destina ao abastecimento do navio ou embarcação de combustível e rancho, ou por efeito das contingências da natureza da navegação, na transposição de passos ou pontos difíceis, inclusive operações de alívio ou

transbordo de carga, para obtenção de calado menor para essa transposição.”

O trabalho em domingos e feriados será considerado como extraordinário, salvo se destinado a:

“a) ao serviço de quartos e vigilância, movimentação das máquinas e aparelhos de bordo, limpeza e higiene da embarcação, preparo de alimentação da tripulação e dos passageiros, serviço pessoal destes e, bem assim, aos socorros de urgência ao navio ou ao pessoal;

b) ao fim da navegação ou das manobras para a entrada ou saída de portos, atracação, desatracação, embarque ou desembarque de carga e passageiros.”

O artigo 250, da CLT, autoriza a compensação das horas extraordinárias prestadas por descanso em período equivalente no dia seguinte ou no subsequente dentro das do trabalho normal, ou no fim da viagem, ou pelo pagamento do salário correspondente, sendo certo que para os marítimos, as horas extras são indivisíveis por força do parágrafo único do mesmo artigo e, portanto, considera-se a fração de hora como hora inteira.

Em regra, os trabalhadores permanecem embarcados a bordo dos navios, porém a sua jornada de trabalho, normalmente, não ultrapassa as 8 (oito) horas diárias, diante da necessidade de observação do artigo 248, CLT, que assim dispõe, in verbis:

“Art. 248. Entre as horas zero e 24 (vinte e quatro) de cada dia civil, o tripulante poderá ser conservado em seu posto durante 8 (oito) horas, quer de modo contínuo, quer de modo intermitente.

§ 1.º A exigência do serviço contínuo ou intermitente ficará a critério do comandante

e, neste último caso, nunca por período menor que 1 (uma) hora”.

Note-se que o trabalho contínuo, a critério do comandante, nunca poderá ser inferior à uma hora. Nos termos do § 2º, do artigo 248, da CLT, o labor prestado no quarto de máquinas, passadiço, vigilância e, outros que possam prejudicar a saúde do tripulante, de acordo com parecer médico, deve obedecer a períodos não maiores e com intervalos não menores de 4 horas.

8.3 Regime de prorrogação de jornada - horas extras do marítimo

Os artigos 249 e 250 da CLT, dispõem que a jornada excedente de oito horas será considerada labor extraordinário, facultando-se ao empregador a compensação por período equivalente ou o seu pagamento. Há situações de perigo, força maior, e essencialidade, em que o labor não é considerado jornada extra:

a) em virtude de responsabilidade pessoal do tripulante e no desempenho de funções de direção, sendo consideradas como tais todas aquelas que a bordo se achem constituídas em um único indivíduo com responsabilidade exclusiva e pessoal;

b) na iminência de perigo, para salvaguarda ou defesa da embarcação, dos passageiros, ou da carga, a juízo exclusivo do comandante ou do responsável pela segurança a bordo;

c) por motivo de manobras ou fainas gerais que reclamem a presença, em seus postos, de todo o pessoal de bordo;

d) na navegação lacustre e fluvial, quando se destina ao abastecimento do navio ou embarcação de combustível e rancho, ou por efeito das contingências da natureza

da navegação, na transposição de passos ou pontos difíceis, inclusive operações de alívio ou transbordo de carga, para obtenção de calado menor para essa transposição.(...)”

Como se vê, nem todo o labor realizado além das 8 (oito) horas diárias será considerado de trabalho extraordinário, quando se trata de trabalho marítimo.

8.4 Regime de compensação de jornada do marítimo

Na forma do artigo 250, e parágrafo único, da CLT, o marítimo tem direito ao regime de compensação de jornada, com seguintes peculiaridades: a) as horas de trabalho extraordinário serão compensadas, segundo a conveniência do serviço, por descanso em período equivalente no dia seguinte ou; no subsequente dentro do trabalho normal, ou; no fim da viagem ou; pelo pagamento do salário correspondente. b) as horas extraordinárias de trabalho são indivisíveis, computando-se a fração de hora como hora inteira.

Em síntese, regra geral, a jornada do marítimo é de oito horas diárias. A jornada excedente de oito horas será considerada hora extraordinária, com a peculiaridade que a fração de hora será considerada hora cheia, facultando-se ao empregador a compensação por período equivalente ou o seu pagamento. Sinala-se que ao marítimo não se aplicam as regras dos arts.71 a 73 da CLT.

8.5 Negociação coletiva da jornada do marítimo

A adequação do trabalho marítimo não prevista em lei, é reservada à norma coletiva (art. 7º, caput e incisos VI, XIII, XIV, XXVI e art.

8º, III e VI, da CF/88) e, há certa polêmica sobre a validade da contratação de jornada em escalas e de pré-contratação de horas extras.

Em regra, as normas coletivas de trabalho marítimo trazem regimes de escalas jornada, a exemplo: de até 3 (três) dias consecutivos embarcados, por três dias consecutivos de folga compensatória; o regime 12x12, ou 24x24, ou 48x48, mediante adoção do regime de trabalho de 105x15. Assim, a cada período de 105 (cento e cinco dias) de efetivo embarque, com tolerância de mais 15 (quinze dias), os empregados gozarão 15 (quinze dias) desembarcados entre folgas e férias.

Quando o trabalho vem em escala deve ser concedido o intervalo intrajornada para refeição e descanso. A não concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento das horas do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho, de natureza indenizatória, na forma do art. 71, § 4º, da CLT, ditada pela Reforma Trabalhista Lei 13.467/17. O problema é saber se referida regra se aplica ao marítimo, que tem contrato especial.

8.6 Pré-contratação de horas extras do marítimo

Há sérios embates acerca da validade da pré-contratação de horas extras. Para uma corrente de pensamento, o regime é maléfico pois: prejudica a saúde do trabalhador; ofende o artigo 7º, XIII, CF/88. e artigo 59 e o artigo 249, § 2º, da CLT, que prevê o máximo de 30 horas semanais de serviço extraordinário.

Ainda, a pré-contratação das horas

extras não seria válida para os trabalhadores marítimos que prestam serviços de quarto nas máquinas, passadiço, vigilância e outros, diante do disposto no artigo 248, § 2.º da, CLT, em que o trabalho será executado por períodos não maiores e com intervalos não menores de quatro horas.

Para outra corrente, o trabalho marítimo é especial; a maior parte do tempo a bordo os trabalhadores não exercem qualquer atividade laboral; ainda recebem compensações e vantagens pela especialidade de seu trabalho, conforme Súmula n.º 96, do Tribunal Superior do Trabalho:

“A permanência do tripulante a bordo do navio, no período de repouso, além da jornada, não importa em presunção de que esteja à disposição do empregador ou em regime de prorrogação de horário, circunstâncias que devem resultar provadas, dada a natureza do serviço”.

Ainda, a questão não deve ser confundida com a vedação da pré-contratação de horas extras do bancário, sendo incabível a aplicação por analogia da Súmula 199 do mesmo Tribunal, por conta da especialidade do trabalho marítimo

8.7 Trabalho aos domingos e feriados do marítimo

Aplica-se o artigo 7º, inciso XV, da CF/88, que assegura o repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos. A Lei 605/49 estatui que o trabalho realizado em domingos e feriados, quando houver exigência técnica, poderá ser compensado com folga em outro dia da mesma semana (arts. 1º e 9º).

Ainda, o artigo 249, § 1.º, da CLT, estabelece que o trabalho aos domingos e

feriados serão considerados extraordinários, salvo se se destinar: a) ao serviço de quartos e vigilância, movimentação das máquinas e aparelhos de bordo, limpeza e higiene da embarcação, preparo de alimentação da tripulação e dos passageiros, serviço pessoal destes e, bem assim, aos socorros de urgência ao navio ou ao pessoal; b) ao fim da navegação ou das manobras para a entrada ou saída de portos, atracação, desatracação, embarque ou desembarque de carga e passageiros. (...).”

Portanto, admite-se, em certas circunstâncias, o trabalho marítimo, aos domingos e feriados mediante compensação, que deve ser concedida na mesma semana ou, no máximo na semana subsequente à trabalhada, mesmo a bordo do navio em viagem. Sinala-se que a Reforma Trabalhista, Lei 13.467/17 estabelece a prevalência do negociado sobre o legislado (art, 611, A e B CLT) e permite a compensação de jornada, em até seis meses.

8.8 Intervalo para refeição e descanso do marítimo

Após edição da Lei 13.467/17, o art. 71, § 4º, da CLT, passou a estatuir que a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

Há polêmica acerca da aplicabilidade ao marítimo, das regras gerais celetistas quanto ao intervalo para refeição e descanso. O artigo 71, da CLT, aponta que qualquer trabalho

contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, de no mínimo de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas. E, o parágrafo 1º, estatui que não excedendo de 6 (seis) horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas.

Uma ala da jurisprudência sinaliza que a lei não exige a concessão de intervalo intrajornada ao marítimo, pois o artigo 248, da CLT, autoriza o serviço da tripulação, de forma intermitente ou contínua, durante oito horas diárias, a qualquer hora do dia ou da noite. Entrementes, outra ala perfilha que o caráter protetivo leva a conclusão de que qualquer trabalhador tem o direito a concessão do intervalo intrajornada. De fato, o empregado marítimo tem tratamento diferenciado daquele disciplinado nos artigos 57 a 73, da CLT.

De outro revés o artigo 611, B, da CLT, redação dada pela Lei 13.467/17, flexibiliza a aplicação do artigo 71, da CLT, para todos os trabalhadores, e deixa assente que as regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins de negociação coletiva. Nesse passo, é válida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada.

9. Remuneração

A remuneração dos trabalhadores marítimos, prevista pelas Convenções nº 76 (não ratificada pelo Brasil) e nº 93 e nº 109

que embora tenham sido ratificadas, não entraram em vigor. A Consolidação Convenção do Trabalho Marítimo de 2006 (CCTM/2006) na Regra 2.2, exige a periodicidade máxima para pagamento dos salários de um mês, com entrega de demonstrativo do pagamento, dos pagamentos suplementares e, a taxa de câmbio aplicada no caso de o pagamento ser feito em moeda ou taxa diferente daquela acordada. Ainda, deve ser garantido ao trabalhador que, a totalidade ou uma parte da remuneração chegue às mãos da sua família ou do beneficiário legal.

Em relação à periodicidade do pagamento dos salários, o artigo 459, da Consolidação, determina que sua quitação não pode ser efetivada por módulo superior ao mês, salvo em relação às comissões, percentagens e gratificações.

De acordo com o artigo 463, da Consolidação, em razão da aplicação do princípio do nominalismo, deve ser considerado como valor da moeda o valor nominal atribuído pelo Estado que a emitiu. Assim, a prestação, em espécie, do salário será paga em moeda corrente do País e, diante do desrespeito da norma tem-se como efeito considerar-se não efetuado o pagamento.

9.1 Adicional noturno

A Constituição Federal de 1988 estabelece a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno (art. 7º IX). A matéria vem regulada na Consolidação no artigo 73 e §§ 1º a 5º. O artigo 248, da Consolidação, autoriza os serviços da tripulação entre as horas 0 e 24; mas o pagamento do adicional noturno, na forma da Constituição e da lei, é devido.

Sinale-se que a Lei 13.467/17, estabelece que a remuneração mensal da jornada 12x36 abrange os pagamentos dos DSRs, e feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno (art. 70 e § 5º art. 73, § 5º, CLT).

9.2 Etapas: alimentação fornecida a bordo

A etapa é a alimentação fornecida ao trabalhador marítimo a bordo da embarcação em alto-mar. A Convenção nº 68, da Organização Internacional do Trabalho, que trata da alimentação do trabalhador marítimo a bordo, não foi ratificada pelo Brasil. A Convenção nº 147, sobre as normas mínimas a observar nos navios mercantes de 1976, foi ratificada pelo Brasil em 17/01/1991.

A Regra 3.2, da Consolidação Convenção do Trabalho Marítimo de 2006, determina que: os navios que arvoram a sua bandeira, devem transportar a bordo e fornecer alimentos e água potável, de qualidade adequada e cujo valor nutricional e quantidade satisfaçam as necessidades das pessoas a bordo, tendo em conta as suas diferentes origens culturais e religiosas. Ainda, os marítimos a bordo de um navio devem ser alimentados gratuitamente até ao final do seu contrato.

No que concerne à alimentação do marítimo, aplica-se o artigo 458, da CLT, além das disposições previstas em Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho. A Norma Regulamentadora nº 30 (Portaria 3214/78), trata da Segurança e Medicina do Trabalho do Trabalho Marítimo, comanda que toda embarcação comercial deve ter a bordo o aprovisionamento de víveres e água potável, e deve ser observado: o número de tripulantes, a

duração, a natureza da viagem e as situações de emergência. Deverá ser garantido um cardápio balanceado, cujo teor nutritivo atenda às exigências calóricas, necessárias às condições de saúde e conforto dos trabalhadores, adequadas ao tipo de atividade e que assegure o bem estar a bordo.

Quanto a sua natureza jurídica, a questão não é pacífica. Sinale-se que a etapa, como alimentação do marítimo embarcado, não se confunde com as diárias de viagem. De fato, a etapa tem feição salarial, o artigo 152, da CLT, determina a integração da etapa na remuneração das férias. Há várias decisões judiciais que reconhecem a natureza salarial da etapa, e a mais citada antiga decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, e que teve como relator o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio:

“ALIMENTAÇÃO - MARINHEIRO. A chamada etapa-alimentação possui natureza salarial, porquanto não se pode enquadrá-la como vestuário, equipamento ou outro qualquer acessório fornecido ao empregado e utilizado no local de trabalho para a prestação dos respectivos serviços, únicas hipóteses excepcionadas na lei. mais se evidencia a natureza salarial da parcela quando se nota que o marítimo, desembarcado, a recebe em pecúnia.” (ERR 3616/1984, SDI 1, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 15/6/1990).

A outra posição vem no sentido de que a etapa do marítimo não constitui salário *in natura*, porque é concedida por necessidade de trabalho e não se caracteriza como contraprestação. Logo, não tem natureza salarial e não é devida à integração da etapa sobre o 13º salário, férias, horas extras, adicional noturno, repouso semanal remunerado e verbas rescisórias. Essa

corrente deve ganhar corpo, porque por força da Lei 13.467/17, não integram mais os salários, mesmo habituais, ajuda de custo, auxílio-alimentação, diárias para viagem, prêmios e abonos (art. 452, § 2º, CLT), assistência médica ou odontológico, medicamentos e similares (art. 452, § 5º, CLT).

9.3 Direito a alojamento e ao lazer.

O artigo XXIV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 prevê que: “Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”.

O artigo 15 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem determina que: “Toda pessoa tem direito ao descanso, ao recreio honesto e à oportunidade de aproveitar utilmente o seu tempo livre em benefício de seu melhoramento espiritual, cultural e físico”.

Disciplina o artigo 7º, “d”, do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 reconhece o direito ao repouso, os lazeres, a limitação razoável da duração do trabalho e férias remuneradas periódicas, assim como remuneração dos feriados. O artigo 6º, caput, da Constituição Federal de 1988 assegura o lazer.

As Convenções nº. 92 e nº 133 da Organização Internacional do Trabalho, ratificadas pelo Brasil, versam sobre o direito ao alojamento do marítimo a bordo. A Consolidação das Convenções do Trabalho Marítimo de 2006 determina que os Estados devem garantir que os navios forneçam e mantenham, para os trabalhadores que vivam a bordo, alojamento e locais de lazer decentes, para promover a sua saúde e bem-estar.

A tutela da saúde, higiene e segurança do trabalhador marítimo, no Brasil, tem eficácia

normativa à Convenção 147, da OIT e a NR nº 30 que estabelece: os corredores, os camarotes, refeitórios e salas de recreação devem garantir uma adequada segurança e proteção contra as intempéries e condições da navegação; isolamento do calor, do frio, do ruído excessivo e das emanações provenientes de outras partes da embarcação. As instalações sanitárias devem ser adequadas e com abastecimento de água doce, quente e fria. A enfermaria deve reunir condições quanto a sua capacidade, área, instalações de água quente e fria, drenagem de líquidos e resíduos e; dispor de meios e materiais adequados para o cumprimento de sua finalidade.

10. Férias do marítimo

O direito às férias dos marítimos vem regulado pelas Convenções nº 54, nº 72, nº 91 e nº 146 da Organização Internacional do Trabalho; apenas as duas últimas foram ratificadas pelo Brasil. A Convenção nº 91, de 1949, foi ratificada pelo Decreto Legislativo nº 20, de 1965, e foi denunciada em razão da ratificação da Convenção nº 146, de 1976, pelo Decreto Legislativo nº 48, de 27.11.1990, que determina a sua aplicação apenas em caso de ausência de regulamentação do direito às férias pelo sistema jurídico interno.

O artigo 3º, da Convenção nº 146, diz que a duração das férias não deverá em caso algum ser inferior a 30 dias civis para 1 ano de serviço. O artigo 4º assegura o direito às férias proporcionais, caso não seja completado o período concessivo.

Convenção nº 146, estabelece que não se consideram como período mínimo de férias:

“a) Os dias feriados oficiais e

consuetudinários reconhecidos como tal no país do pavilhão, quer ocorram ou não durante o período de férias anuais pagas;

b) Os períodos de incapacidade para o trabalho resultantes de doenças, acidentes ou de maternidade, nas condições a determinar pela autoridade competente ou pelo organismo apropriado em cada país;

c) As autorizações temporárias de ausência em terra concedidas aos marítimos durante o contrato de trabalho;

d) As licenças compensatórias de qualquer natureza, em condições a determinar pela autoridade competente ou pelo organismo apropriado em cada país.”

A Consolidação das Convenções do Trabalho Marítimo de 2006, procedeu à alteração na regulamentação das férias prevista nas Convenções anteriores, pois determina na Norma A 2.4 que:

“1.Todos os Membros devem adoptar uma legislação nacional que determine as normas mínimas de férias anuais aplicáveis aos marítimos contratados em navios que arvoram a sua bandeira, tendo em devida consideração as necessidades especiais dos marítimos em matéria de férias. 2. Sem prejuízo das disposições de convenções coletivas ou de legislação que prevejam um modo de cálculo adequado, tendo em consideração as necessidades específicas dos marítimos nesta matéria, as férias anuais pagas devem ser calculadas com base num mínimo de 2,5 dias de calendário por mês de trabalho. O modo de cálculo do período de trabalho deve ser fixado pela autoridade competente ou pelos mecanismos próprios de cada país. As ausências ao trabalho justificadas não devem ser consideradas como dias de férias anuais.”

No sistema brasileiro, a Constituição de 1988, assegura o direito de no mínimo, 30 de férias anuais, remuneradas com acréscimo de 1/3, sem prejuízo da melhoria da condição social do trabalhador mediante negociação coletiva de trabalho (art. 7º, caput e, incisos XVII e XXVI e, Súmula 328, do TST).

A Lei 13.467/17 trouxe a novidade do fracionamento consensual das férias (art. 134,CLT). Assim, desde que haja concordância do empregado, as férias poderão ser usufruídas em até três períodos, sendo que um deles não poderá ser inferior a 14 dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a 5 dias corridos, cada um. Ainda, a Lei 13.467/17, art. 134, § 3º, CLT, estatui que é vedado o início das férias no período de dois dias que antecede feriado ou dia de repouso semanal remunerado. Estas regras de parcelamentos das férias são compatíveis para aplicação aos marítimos.

A férias dos marítimos são tratadas nos artigos 150 a 152 da Consolidação. O art. 150, da Consolidação, assegura a portabilidade das férias, e dispõe que: “O tripulante que, por determinação do armador, for transferido para o serviço de outro, terá computado, para o efeito de gozo de férias, o tempo de serviço prestado ao primeiro, ficando obrigado a concedê-las o armador em cujo serviço ele se encontra na época de gozá-las.”

Quanto à iniciativa o § 1º, do artigo 150, da Consolidação, diz que “As férias poderão ser concedidas, a pedido dos interessados e com aquiescência do armador, parceladamente, nos portos de escala de grande estadia do navio, aos tripulantes ali residentes”. Será considerada grande estadia a permanência no porto por prazo excedente de 6 (seis) dias (§ 2º) .

Assim, os embarcações, para gozarem

férias nas condições citadas, deverão pedilas, por escrito, ao armador, antes do início da viagem, no porto de registro ou armação (§ 3º). No término das férias, o tripulante deve se apresentar ao armador, que deverá designá-lo para qualquer de suas embarcações ou o adir a algum dos seus serviços terrestres, respeitadas a condição pessoal e a remuneração (§ 4º).

O gozo das férias, por iniciar ou iniciada, poderá ser suspenso pelo empregador em caso de necessidade determinada pelo interesse público, e comprovada pela autoridade competente, ressalvado ao tripulante o direito ao respectivo gozo posteriormente (§ 5º). O artigo 152, da Consolidação, assegura o direito de remuneração do tripulante no gozo de férias, acrescida da importância correspondente à etapa que estiver vencendo, o que confere à alimentação a natureza salarial.

O empregado marítimo que se demite antes de completar 12 (doze) meses de serviço, tem direito a férias proporcionais (Súmula 261/TST). O direito a férias proporcionais e assegurado pela Convenção nº 132 (art. 2º), vigente desde 1999, que embora exclua, expressamente, o marítimo da sua incidência, mister se faz lembrar que a Convenção nº 146 (art. 4º), em matéria de férias do marítimo, comanda a aplicação da norma mais favorável, oriunda da lei ou da negociação coletiva de trabalho .

11. Conclusão

A legislação do trabalho marítimo é pulverizada, no plano internacional e nacional, e se confunde com a legislação do tráfego marítimo, o que dificulta a aplicação e fiscalização da legislação trabalhista. Ainda,

as características multinacionais das atividades econômicas empreendidas dos empregadores, dificultam a proteção do trabalhador marítimo, dada as polêmicas sobre a existência ou ausência de tratados internacionais. Muitos países não são signatários das normas internacionais. Sem contar os aspectos da jurisdição internacional.

A posmodernidade reclama a efetivação dos direitos fundamentais e sociais e de acesso a justiça, reconhecidos em normas internacionais de proteção ao trabalho, independente da nacionalidade ou do local da prestação de serviços (Consolidação das Convenções do Trabalho Marítimo de 2006 e Convenção nº 185, ambas da OIT). Nesse diapasão, mister se faz o desapego ao princípio da territorialidade, encravado no Código de Bustamente, de 1928 (Convenção de Direito Internacional Privado de Havana), ratificado pelo Brasil, que fundamentou a edição da hoje revogada Súmula 207/TST, para dar lugar a adoção aos princípios da norma mais favorável e da condição mais benéfica, e princípio do centro de gravidade da relação jurídica, denominado no direito norteamericano, *most significant relationship*, que comanda a aplicação do Direito que tenha uma ligação mais forte com o caso concreto. Deste modo, a empresa contratante é responsável pelo contrato de trabalho do empregado marítimo e deverá assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços, a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, quando mais favorável, no conjunto de normas e em relação a cada matéria.

A Consolidação das Convenções do Trabalho Marítimo de 2006 (CCTM/2006) exige que todo navio possua uma cópia da

norma internacional. Portanto, deve ser a responsabilidade estatal analisada de acordo com o direito positivo interno, que determina à autoridade competente o dever de fiscalizar e punir aqueles violam as normas que regem o Tráfego Marítimo e que regem o Direito do Trabalho.

16. Bibliografia.

ACCIOLY, Hildebrando, NASCIMENTO E SILVA, G. E., e CASELLA, Paulo Borba, Manual de Direito Internacional Público, São Paulo: Saraiva, 2009.

ANJOS, J. Haroldo e GOMES, Carlos Rubens Caminha, Curso de Direito Marítimo, Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

ARRUDA, Kátia Magalhães. Direito constitucional do trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal. São Paulo: LTr: 1998.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira, Direito do Mar, Belo Horizonte: Imprensa da UFMG, 1979.

BREAU, Susan, International Law, Oxford: Oxford University Press, 2009.

CANELLAS, Ana Maria. Os Trabalhadores marítimos. Site da Federação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Aquaviários e Afins - FNTTAA, 2017. Disponível em: < <http://fnttaa.org.br/website/aquaviarios-navegacoes/mais-2/322-os-trabalhadores-maritimos> >. Acesso em: 16 set. 2018.

CARRION, Valentin, Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 32ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Francisco Edivar. Trabalho marítimo à luz do Direito do Trabalho. Jus.com.br, 2010. Disponível em: < <https://jus.com.br/imprimir/17091/trabalho-maritimo-a-luz-do-direito-do-trabalho> >. Acesso em: 16 set. 2018.

CASTO JUNIOR, Osvaldo Agripino de, Direito marítimo, regulação e desenvolvimento. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Coord.) Direito marítimo: temas atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CASTRO, Luiz Augusto de Araujo, O Brasil e o Novo Direito do Mar: Mar Territorial e Zona Econômica Exclusiva, Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1989.

CREMONEZE, Paulo Henrique. Prática de direito marítimo: o contrato de transporte marítimo e a responsabilidade civil do transportador. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DUARTE NETO, Pedro. A autoridade marítima e a lei de segurança do tráfego aquaviário. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino (Org.). Direito marítimo made in Brasil. São Paulo: Lex, 2007.

GUEDES, Armando M. Marques, Direito do Mar, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

JESUS, Wagner Rangel de. O que você precisa saber sobre o direito do trabalho marítimo para melhor usufruir seus direitos. Estudos Aduaneiros, 2016. Disponível em: < <https://estudosaduaneros.com/direito-do-trabalho-maritimo/> >. Acesso em: 15 Jul. 2019.

MARTINS, Eliane Octaviano. Curso de direito marítimo. 3. ed. São Paulo: Manole, 2008. v. 1.

MATTOS, Adherbal Meira, O Novo Direito do Mar, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Curso de Direito Internacional Público, 5ª ed. rev., São Paulo, Revista dos Tribunais: 2011.

MONTEIRO, Alice de Barros. Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho, São Paulo: LTr, 2008.

REZEK, José Francisco, Direito internacional público: curso elementar, 9ª ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2002

TRINDADE, Washington Luiz da, Compêndio de Direito do Trabalho Marítimo, Portuário e Pesqueiro, Rio de Janeiro, Forense: 1983.

VARELLA, Marcelo D. Direito Internacional Público, São Paulo: Saraiva, 2009.

EL SINDICALISMO EN EL SIGLO XXI

Martha Elisa Monsalve Cuéllar

Resumen:

- 1) Introducción.
- 2) Del Sindicalismo del Siglo XIX hasta nuestros días.
- 3) Evolución de las Formas de Trabajo y las Relaciones Laborales.
- 4) El Sindicalismo y el Futuro del Trabajo.
- 5) Conclusiones.

1. INTRODUCCION

MARCO TEORICO

Los derechos individuales de los trabajadores no son independientes de los derechos colectivos¹.

El principio de la libertad sindical está consagrado en los ordenamientos jurídicos de los países miembros de la OIT.

.....
1 Cuéllar María Mercedes Los Sindicatos ediciones Uniandes sept de 2009 primera edición pág. 25

“El derecho Sindical constituye un conjunto normativo diferenciado del Derecho Individual del trabajo que tiene por objeto la protección de los derechos colectivos”² expresa María Mercedes Cuellar en su obra sobre El Sindicalismo.

La desaparecida Profesora Luisa Galantino³ lo señalaba en su obra Dirito Sindicale en referencia al ordenamiento italiano.

“El objetivo esencial de la búsqueda de los derechos colectivos es que una vez que se hayan obtenido se transformen en derechos individuales. Las asociaciones de trabajadores surgen de la tendencia natural del hombre de vivir en sociedad y a ocupar cualquier tipo de asociación para sobrevivir y defenderse”, transcribimos de la obra de Cuéllar para señalar la relevancia del tema pero que nos lleva a algunas consideraciones que nos inquietan.

Esta idea final propuesta por la autora

.....
2 Morato Garcia Rosa y Sastre Ibarreche Rafael Una Aproximación Al Derecho Sindical Ratio Legis ediciones 2013

3 Galantino Luisa Dirito Sindicale G. Giapichelli Editore- Torino 17ª edición adicionada 2012 pag.1

.....
Martha Elisa Monsalve Cuéllar

Doctora en Derecho y Ciencias Políticas U.G C. Cursando Master de Derechos Humanos en el Instituto Berg, Cursos en CIF OIT en Negociación Colectiva y Normas Internacionales del Trabajo, Consejera Técnica Asesora del Grupo Empleador en la Conferencia Internacional del Trabajo desde 1989, Negociación Colectiva U de Harvard, U Castilla la Mancha, Presidenta ILTRAS e ILERA Colombia Docente Invitada a Universidades Latinoamericanas y europeas, Conferencista Nacional e Internacional

citada, será precisamente la que va a motivar críticas que formularemos a lo largo de este trabajo, pero de una manera constructiva y como producto de una experiencia vivida que llevan a plantear modelos nuevos para situaciones nuevas inexistentes o muy diversos cuarenta años atrás.

2. DEL SINDICALISMO DEL SIGLO XIX A NUESTROS DIAS. ETAPAS

Para abordar el tema propuesto para esta oportunidad, se hace necesario y de manera muy somera, remontarnos a los comienzos del sindicalismo y sus razones que están íntimamente ligadas con la transformación del trabajo, de artesanal a la invención de la máquina a vapor por James Watt patentada en 1769 y que nos ubica en el tiempo con la Revolución Industrial 1760-1840. Algunos de esos inventos aparecieron en las décadas de 1850 a 1860 pero las innovaciones más radicales surgieron en el periodo entre 1870 y 1913 en Estados Unidos y Alemania principalmente, en los que se concentraron la mayor parte de las invenciones que se desarrollarían posteriormente a lo largo del siglo XX en un gran proceso de industrialización que coincide con el fortalecimiento de las relaciones industriales y con ellas los Sindicatos de Industria y de Empresa. Estas industrias pasaron a ser el modelo de organización del trabajo humano en las fábricas. Produciría un cambio en el sistema económico, la necesidad de capital provocó la aparición del capitalismo industrial.

No podemos olvidar que el trabajo que se desarrollaba desde el comienzo de la historia de la humanidad había sido manual, artesanal, que no existía ninguna organización del trabajo

y que se desarrollaba de manera primaria entre los miembros de las familias y las comunidades. El cambio a la industrialización si bien marcó un gran desarrollo económico, generación de empleo y riquezas las situaciones conflictivas entre las partes no se hicieron esperar donde el trabajo y su organización tuvieron trascendentales cambios pero que dieron igualmente origen a excesos del empresario y manifestaciones no solo de abusos sino de rechazo y protesta por parte de los trabajadores.

Estamos viviendo la Revolución 4.0 marcada por los grandes cambios en el trabajo y los elementos utilizados para realizarlo y fue precisamente, esa primera Revolución conocida como Industrial, la que dio origen a la creación del sindicato y sin que desconozcamos que en el siglo XVIII los artesanos también tuvieron organizaciones de trabajo para mejorar las condiciones de trabajo y no de protesta o reivindicación por no haberse dado paso a la conformación de las empresas como sucedió en el siglo XIX,

Es precisamente la comparación de la Revolución Industrial y la aparición de las subsiguientes, de las cuales se afirma que son una continuación de la primera y única ya que la aparición de nuevos materiales y su utilización, así como invención de nuevas máquinas y equipos hasta la llegada del teléfono celular en 1990 donde irrumpen las nuevas tecnologías de la comunicación terreno en el cual se han presentado los más grandes y acelerados cambios.

De esta evolución nos ocuparemos para el recorrido veloz que pretendemos llevar a cabo en el recorrido de casi dos siglos, visualizar las etapas del sindicalismo y entender su presente y su futuro.

También es preciso recordar que su evolución no ha cumplido el mismo proceso ni en el tiempo ni mucho menos en la importancia alcanzada en algunos países desarrollados frente a los países en vía de desarrollo, marcando como es apenas lógico, un resultado bien diferente en el cumplimiento de sus objetivos y misión, eso impide la posibilidad de crear modelos uniformes sin atender a las grandes diferencias, lo que a la postre genera situación conflictiva.

Robert Owen en el Nuevo Reino o Gran Bretaña, de entonces, da paso a una nueva forma de organización para oponerse y luchar contra esos excesos y nace el Sindicalismo como respuesta y como mecanismo de defensa. Es en Londres en los años de la Internacional en 1964 que se crea la Asociación Internacional de Trabajadores como primera central sindical. En ese mismo año en Francia se reconoce el derecho de huelga, anteriormente considerado como delito.

No obstante, el tomar como elemento de lucha y enfrentamiento desde un comienzo, el asumir estas posiciones, se parte de una agresión, de un desconocimiento, de un irrespeto a un derecho y eso genera el conflicto, una de las características que ha predominado en la vida del Sindicalismo en la historia de la humanidad y que en nuestro sentir ha dificultado de manera muy significativa las relaciones laborales entre el capital y el trabajo.

Ubicarlo desde el punto de vista psicológico, histórico y político, abre paso a falsear su origen de rechazo y de protesta, de reivindicación de derechos, esa desviación consideramos ha sido un factor muy relevante en el desvío de su verdadera misión por haberse utilizado con fines netamente políticos,

olvidando su tarea reivindicatoria de unos derechos desconocidos, violados o ignorados.

El enfrentamiento con el Estado y la clase capitalista sirve a Marx para señalar la causa del sindicalismo en “el desarrollo industrial que creó un género de vida miserable para las masas trabajadoras” la necesidad de agruparse, de generar nuevas formas de lucha para lograr enfrentarse con.....”. Ese estigma de enfrentamiento, de confrontación, de lucha de la ideología marxista, en nuestro sentir y hasta hace muy poco, mantuvo el concepto por parte de la clase trabajadora de ver al empleador como el explotador, lo que hizo mucho más difícil el relacionamiento entre el capital y el trabajo.

No diremos ni mucho menos, que no se han cometido excesos y violaciones de derechos a los trabajadores, pero el entendimiento y la posibilidad de solucionar los conflictos naturales entre dos fuerzas dispares hubiera sido más fácil si no se hubiera mantenido por tantos años esa imagen del “vampiro chupa sangre” con el cual se denominaba al patrono.

Aun, dolorosamente, en pleno siglo XXI en el Foro más importante del mundo trabajo, en las reuniones anuales de la OIT en Ginebra, en las intervenciones de algunos trabajadores se mantiene esa dialéctica mandada a recoger, frente al Dialogo Social tantas veces allí promulgado en este escenario tan calificado.

Estas consideraciones puestas de presente nos permiten visualizar la tremenda transformación que se ha llevado a cabo en el mundo del trabajo, en la forma de ofertarlo, de realizarlo en la aparición de un sinnúmero de formas de trabajo, en la segmentación de las empresas en la externalización de procesos productivos y de bienes y servicios y sin que

nos detengamos en fenómenos como la Globalización, las crisis económicas de las cuales hemos aprendido poco pues de lo contrario la de 1929 no hubiera sido seguida por la de los Tigres Asiáticos de 1987 y la de 2008 de la cual muchos países europeos no terminan de reponerse y que obviamente tuvo repercusiones en América siendo Estados Unidos el que presenta una superación extraordinaria de la misma.

No podían permanecer incólumes por tanto las relaciones colectivas de esta gran transformación que entraremos a analizar a espacio dentro del desarrollo del tema propuesto.

En cuanto a las etapas de desarrollo y auge de las organizaciones sindicales debemos distinguir dos aspectos importantes: el auge de la industrialización y la época de bonanza que esto trajo frente a los abusos de explotación que infortunadamente se dieron así como de la violación de los derechos de los trabajadores generados precisamente de los Convenios 87 sobre derecho de asociación y libertad sindical como derecho fundamental inherente a la persona misma del trabajador consagrado como tal en la Declaración de Derechos Fundamentales de 1944, libertad de asociación y desarrollado en el Convenio adoptado por la OIT en 1948, seguido del que consideramos su apéndice y razón natural, el Convenio 98 sobre la Negociación colectiva que siempre y así lo manifestamos, es el objetivo principal de las organizaciones sindicales que luchan por el mejoramiento de las condiciones de trabajo de sus afiliados y de quienes sean cubiertos por las conquistas nacidas de los acuerdos colectivos.

Son estos dos instrumentos de gran trascendencia y alcance en el florecimiento de una etapa que no vacilamos llamar de “oro

“del sindicalismo y con el fortalecimiento de los existentes en los países más desarrollados y con mayor capacidad de negociar y conceder infinidad de garantías a los trabajadores organizados.

Este auge y crecimiento llega hasta el momento en que empiezan a aparecer en el mundo fenómenos como la internacionalización de las economías, la globalización y aparecen las primeras voces clamando por la flexibilidad en la contratación y despido por parte de las empresas para poder competir con los mercados asiáticos, en donde, el desarrollo del sindicalismo y la negociación colectiva, presentan índices muy bajos en comparación de los países occidentales, con grandes cargas laborales imputables a costos, frente a una mano de obra barata por el pago de salarios bajos y ninguna prestación social.

Quedan allí establecidas claramente las épocas de auge del sindicalismo frente al inicio de su decrecimiento como causa innegable, los cambios económicos en el mundo y la repercusión de las primeras crisis económicas.

La ratificación o no de los Convenios 87 y 98 de la OIT de 1948 y en años posteriores, se considera una causa determinante para el auge de los sindicatos en los países miembros que los ratificaron e ingresaron a sus respectivas legislaciones, aunque se tuvieran plasmados en sus Constituciones como sucedió en muchos países.

Se abrió paso la CSI (Confederación Sindical Internacional) el mayor exponente del sindicalismo mundial con la representación de 175 millones de trabajadores en 156 países, debemos manifestar y como producto del conocimiento de algunas de sus reuniones durante las Conferencias Internacionales del

Trabajo y los documentos que producen, que hemos conocido, que su actitud es beligerante, agresiva y nada conciliadora y que se identifica mucho con la ideología de izquierda. Eso hace que el entendimiento con las organizaciones de empleadores no haya sido muy fluido.

No obstante de las decisiones adoptadas en el 2º Congreso Mundial celebrado en Vancouver del 21 al 25 de junio de 2010 y de que se da cuenta en la obra "UNA APROXIMACION AL DERECHO SINDICAL"⁴ y del cual tomamos las acciones que componen su programa de acción: La creación de empleo decente y sostenible, lucha por salvaguardar los empleos existentes y garantizar una protección social adecuada, incrementar los salarios y el poder adquisitivo, erradicar la pobreza y la inseguridad, establecer y reforzar los servicios públicos, promover la educación para todos, la los ingresos, no es nada diferente de lo que se viene debatiendo en el seno de la OIT en el terreno tripartito donde las partes estamos completamente identificados por ser los idearios a convertir en realidades para una justicia social y una paz duradera como lo de la formación profesional y aprendizaje a lo largo de la vida y revertir el aumento de la desigualdad tantas veces proclamado por la organización rectora en sus cien años de existencia. Lo condenable es la dialéctica que utilizan para referirse a la clase empleadora y a algunos países como como el mío, que se menciona como uno de los que no se puede visitar.

Las economías en el mundo tuvieron grandes reveses, como consecuencia se hicieron estudios sobre los costos laborales que se desprendían de la negociación colectiva,

4 Morato Garcia Rosa y Sastre Ibarreche Rafael Universidad de Salamanca Editorial Ratio Legis pág. 30

especialmente por todos los beneficios y garantías otorgados precisamente por la actividad sindical a través de la negociación colectiva y la clase empresarial empezó a clamar sobre la importancia y necesidad de revisarlos para poder ser competitivos frente a la mano de obra barata de los países orientales.

Efectivamente se revisaron muchos acuerdos colectivos y el Estado de Bienestar, ejemplo de concesiones en España, empezó a analizarse, sufrir recortes, lo que fue imitado por muchos países, basados en cuestiones económicas

Empezó el descenso en el nivel de representatividad en las organizaciones sindicales y la baja en la afiliación causada por la deslaborización, nuevas formas de trabajo, yano dependiente y la segmentación de las empresas, la deslocalización de las mismas buscando mejores condiciones para sus inversiones. Los aspectos tributarios y de seguridad jurídica fueron elementos muy considerados por ellas. Las tasas de sindicalización disminuyeron considerablemente y con ello el debilitamiento de la negociación colectiva.

Los casos de huelga y tribunales de arbitramento también decrecieron.

En la obra anteriormente citada en la Tabla 1 y referida a la Evolución de la afiliación sindical entre 2003 y 2008 se observan muy bajos niveles de crecimiento y se mantienen las tendencias altas en Bélgica la más alta de todas, sorprendentemente con niveles altos Grecia y Chipre, muy de acuerdo con la grave crisis económica que sufrieron y que los llevó al borde de sanción por parte de la UE, Noruega, Italia, Rumania, estos tres con valores semejantes y del 4% en cuanto a tasas de sindicalización.

Los demás países presentaron porcentajes

de baja muy notables como Eslovaquia del menos 34.1 por ciento y Lituania con porcentaje igual. Esto refleja un gran decrecimiento de los niveles de sindicalización que han seguido y vaticinamos seguirán decreciendo.

3. EVOLUCION DE LAS FORMAS DE TRABAJO Y LAS RELACIONES LABORALES

A partir de la década de los 80, asistimos al fenómeno de la externalización de los procedimientos y servicios originados en la necesidad de servicios especializados de más alta calidad y que fueran más competitivos con abaratamiento de costos por la eliminación de los riesgos de comisión de errores y repetición de procesos, por la disminución de costos por la adquisición de materiales en cantidad. La utilización de mano de obra especializada. El auge del llamado mediante anglicismo “outsourcing”, no otra cosa que la externalización de los procesos y servicios, Esa tercerización llegó para quedarse y ante su auge ha venido siendo reglamentado en muchos países.

Esto significó un nuevo modelo de relaciones ya no laborales sino con clientes tornándose en relaciones comerciales, y el fenómeno de la intermediación laboral tan discutida y atacada especialmente por las organizaciones sindicales que pierden posibilidad de afiliaciones a los sindicatos sigue siendo una de las nuevas formas de trabajo.

A ello debemos agregarle el Teletrabajo o trabajo comunicado nacido de la crisis del petróleo en los Estados Unidos y que se ha masificado y extendido por muchos países.

Ventas por catálogo y por Internet y últimamente las plataformas como Uber, Rapid,

Amazon, Globo, entre otras incidiendo en la sindicalización de manera notoria.

La escasa sindicalización y decrecimiento de la existente se refleja en la negociación colectiva que ha perdido fuerza y poder frente a la clase empleadora.

Este ha sido un fenómeno generalizado con algunas excepciones como en Colombia donde por Sentencias de la Corte Constitucional, por demás muy controvertidas, aun por las mismas organizaciones sindicales mediante la C- 567 de 2000, se abrió paso la tesis del paralelismo sindical contra lo que se había mantenido de la unidad sindical eliminándola al abrir la posibilidad a la múltiple afiliación, mediante la C- 797 del 2000 establece la posibilidad de que un mismo trabajador se afilie a varias organizaciones sindicales.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en una sentencia más reciente, la 76625 del 8 de marzo de 2017, superando todo lo anterior abre la posibilidad de que un mismo trabajador se beneficie de diferentes convenciones colectivas a consecuencia de esa múltiple afiliación.

Esto nos lleva a recordar las palabras del Maestro mexicano Néstor de Buen Lozano quien afirmó en su obra las Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social “la excesiva regulación es el motivo de la desregulación”.

En el caso de Colombia y por razones netamente políticas haber permanecido durante tantos años como caso de análisis por la Comisión de Aplicación de Normas en su reunión anual motivó el excesivo proteccionismo a través de las Leyes concediendo la Personería Jurídica Automática a las organizaciones sindicales con la sola Acta de Constitución Publicada en el Ministerio de Trabajo y la calificación de la huelga por parte del Tribunal

Superior Sala Laboral en primera instancia y la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral segunda instancia quitando al Ministerio de Trabajo esa facultad.

Fuera de haber aumentado la conflictividad y sin que se refleje en el crecimiento de la fuerza sindical de una manera significativa y menos del fortalecimiento de la negociación colectiva estas medidas han sido absolutamente contraproducentes y excesivas en nuestro sentir, por ello no vacilamos el criticarlas abiertamente.

A las empresas les ha complicado mucho la negociación colectiva que en ocasiones se torna simultánea con organizaciones paralelas que no llegan a acuerdos de unir los pliegos de peticiones lo que debilita la negociación colectiva a la fuerza sindical y la atomización de los sindicatos que si bien es cierto, han aumentado numéricamente, inclusive en cuanto a las Centrales de Trabajadores que de las 3 tradicionales pasaron a 7 y el fenómeno del carrusel de fueros sindicales mediante el cual ante la necesidad de buscar protección se funda un Sindicato que adquiere personería jurídica automática en el momento de su Constitución y los fundadores y sus directivos quedan amparados por la garantía del fuero sindical, en lo que muchas veces se ha calificado de libertinaje sindical.

El índice de sindicalización ha crecido pasando del 3.8 por ciento al 4.3 por ciento sin repercutir mayormente en la negociación colectiva pues son sindicatos pequeños sin mayor representatividad.

Son absolutamente criticables estas garantías otorgadas por la Corte Constitucional que no le han hecho mayor favor al Sindicalismo colombiano y que hemos querido mencionar en

este trabajo para conocimiento, pues creemos estar frente a un fenómeno único o por lo menos nada usual.

Estos cambios fundamentales dieron lugar a un nuevo modelo de relaciones laborales en donde de la época de grandes conquistas por parte de las organizaciones sindicales, agrupadas en Centrales muy fuertes, en países en donde se desarrollaron de una manera sorprendente siendo los países Nórdicos, seguidos por el Reino Unido, Alemania, España, Francia Italia, en donde el sindicalismo tuvo su más grande expresión seguidos por los Estados Unidos, México, Argentina, Brasil y Colombia, que inclusive llegaron a formar parte de esas Centrales de carácter mundial pero es cierto igualmente que esas conquistas obtenidas en tiempos de bonanza económica en el mundo tuvieron que ser revisadas y desmontadas paulatinamente por la imposibilidad de cumplir esos compromisos adquiridos. El Estado de Bienestar Español fue una prueba evidente de ello.

Las grandes huelgas como instrumento de presión se fueron haciendo cada vez menos frecuentes y menos fuertes. Los Tribunales de arbitramento de igual manera han perdido mucha vigencia. Más adelante nos referiremos a ellos frente al Sindicato de hoy.

No quisiéramos finalizar esta parte sin referirnos a los Órganos de Control de la OIT y en especial al Comité de Libertad Sindical y el papel cumplido por estas instituciones.

El Comité de Libertad Sindical, como se recordará órgano tripartito creado en 1951 por el Consejo de Administración compuesto por 9 miembros y sus suplentes que son igualmente citados para sus reuniones tres veces en el año y que provienen de los tres sectores,

Gubernamental, Trabajadores y Empleadores que examina de manera preliminar las quejas contra los países miembros antes de ser sometidas al procedimiento especial por el incumplimiento de los Convenios adoptados y debidamente ratificados por ellos y que conduce a llamar la atención del país cuestionado para que tome medidas para remediarlas antes de pasarlas a la Comisión de Investigación y Conciliación.

El Comité publicó en el 2005 una Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical con gran énfasis en los Convenios 87 y 98, el 154 y la Recomendación 163, se ha tratado de que éste informe tenga carácter vinculante y muchos países como Colombia en fallos de la Corte Constitucional llegaron a insinuar este carácter lo cual se rechaza enfáticamente pues este es un Órgano de Control y no normativo. Viola igualmente la Constitución de la OIT que establece que los Convenios, debidamente ratificados entran a formar parte de la legislación nacional siempre y cuando no choquen con la Constitución de respectivo país que lo somete al control de Constitucionalidad.

Consideramos este exceso de interpretación, como el deseo de amparar cada vez más la fuerza sindical y por ello siempre se ha mirado con recelo la actividad del Comité y muchas veces dentro de las manifestaciones que hacemos, de que después de CIEN AÑOS de existencia, la OIT necesariamente, debe revisar sus estructuras y procedimientos, empezando por el Comité de Libertad Sindical, la Comisión de Expertos que ha desviado su concepción inicial así como su conformación y la Comisión de Aplicación de Normas, para una efectiva tarea de control, empezando por encontrar las

bajas tasas de ratificación de los Convenios. Grandes pero urgentes tareas para el Segundo Centenario.

4. EL PRESENTE Y EL FUTURO DEL TRABAJO

La nueva generación de los nuevos robots se inicia en la década de los sesenta cuando en un programa de televisión en Estados Unidos Joseph Engelberger se presenta con su creación un robot, un brazo metálico articulado con una caja con los componentes computarizados de la máquina, esta acontecía en 1966 y fue presentado con el nombre de Unimate utilizado en las cadenas de montaje La General Electric instalo su primera versión en la cadena de ensamblaje en New Jersey.

¿Qué es un robot? Se puede definir como “un manipulador multiusos, reprogramable, controlado automáticamente, programable en tres o más ejes que puede fijarse en su lugar móvil para su uso en la aplicación de automatización⁵ industrial”

A partir de 1970, hemos asistido a las grandes transformaciones en el mundo del trabajo y podemos compartirlas desde la experiencia.

La aparición de innumerables y nuevas formas de trabajo indican que los modelos existentes no resultaban adaptables a un mundo cambiante afectado especialmente por golpes muy serios a la economía que exigieron cambios en la contratación de los trabajadores que se adaptara mejor a los ciclos de producción y ventas, así mismo la flexibilidad en la desvinculación. Los hechos rebasan las normas y ante esos fenómenos fueron apareciendo

5 International Federation of Robotics, 2016

regulaciones cuando quedaron en el marco de la relación laboral, pero muchas de ellas tomaron figuras del derecho civil y el comercial y viene con ello la deslaboralización que ha sido un fenómeno constante en los últimos 40 años y que continúa con la aparición de estas nuevas formas de trabajo basadas en plataformas a las que ya nos hemos referido.

El uso de las nuevas tecnologías a raíz de la aparición del teléfono celular en 1990 marca ese avance en las comunicaciones donde el cambio de las formas de trabajo es sorprendente.

A raíz de la crisis del petróleo en 1973 en Estados Unidos y para economizar en el consumo de gasolina en los medios de transporte se abre paso el Teletrabajo que ha marcado un hito y un desarrollo del trabajo a domicilio que está siendo muy utilizado con sus críticas pero también con los grandes beneficios que son evidentes desde el punto de vista de abaratamiento de costos, mejoramiento del medio ambiente y posibilidades de conciliar la vida personal y familiar con la laboral así como flexibilizar la jornada de trabajo.

Ese nuevo cambio tecnológico abarató costos de producción especialmente con la introducción de robots y de la computación.

En la actualidad y como fenómeno cíclico, estamos experimentando un cambio sin precedentes en los modos de producción de interacción entre las personas e incluso en los modos de creación del conocimiento. “La cuarta revolución industrial dibuja un futuro muy diferente” afirma Manuel Alejandro Hidalgo en su obra *El Empleo del Futuro*⁷

Son los incentivos económicos los que fuerzan la innovación afirma Robert C Allen enmarcando su tesis en la teoría del crecimiento económico con cambio tecnológico

inducido. Un repaso a la primera revolución industrial y su continuidad para algunos, para otros la sucesión de la segunda y tercera que se confunde con la cuarta le dan la razón a Allen y a otros economistas que opinaron como él.

En estas breves referencias podemos sintetizar el presente del trabajo para adentrarnos en el futuro del trabajo que es el que realmente ha despertado tantas inquietudes e incertidumbre ante las posibilidades de pérdida de puestos de trabajo cuyas cifras no terminan de acordarse, pero la expectativa de las nuevos que generaran la utilización de las altas tecnologías.

Caracteriza el futuro del trabajo un gran pesimismo generado en los cálculos de pérdida de puestos de trabajo y desaparición de ocupaciones y tareas basadas en la automatización de las mismas siendo ellas dos cuestiones muy diferentes. Las ocupaciones agrupan tareas y son estas las susceptibles de automatización.

¿Cómo será el empleo del futuro? Sin duda alguna se verá afectada por una segunda automatización ya iniciada. Muchos empleos cambiarán o desaparecerán, los más rutinarios o repetitivos, pero finalmente los que asumen el riesgo de automatización son las personas. Las características de un empleo determinan qué tipo de candidato y que habilidades se requieren con lo cual el riesgo de automatización estará en que la persona no demuestre las habilidades necesarias (educación, experiencia) a lo largo de su vida, dándose la probabilidad de sustitución y las de menor probabilidad las relacionadas con las capacidades cognitivas del ser humano y que realicen tareas menos repetitivas.

Serán entonces las habilidades que mayor aumento e importancia tendrán: la originalidad,

la fluidez de ideas, el razonamiento deductivo, la sensibilidad al problema y el razonamiento inductivo, todas ellas asociadas a empleos donde las habilidades sociales serán importantes.

La segunda ola de automatización generará disrupciones en el mercado de trabajo de tal modo como lo hicieron los cambios tecnológicos previos siendo posible que la principal consecuencia no sea el aumento del desempleo tecnológico y veremos otras consecuencias menos deseables como el de las relaciones laborales con el aumento de una polarización o en el incremento de la desigualdad de ingresos y con ello situaciones de mucha conflictividad. Con menos educación, menos salario y potencial aumento de la pobreza e inequidad social, teniéndose que centrar la agenda de los gobiernos en análisis económico y actuación política.

5. EL SINDICATO DE HOY

Con el panorama descrito, el Sindicato de ayer quedará en el pasado dando paso a una agrupación de trabajadores que han cambiado completamente en su posición frente al empleador de antaño pues seguramente habrán pasado a ser clientes, inclusive competencia en sus negocios, tendrán que crearse nuevas organizaciones de trabajadores donde el objetivo no será la reivindicación de derechos sino la protección de los derechos humanos que protegerán ese trabajador del siglo XXI.

Con el cambio sufrido por las empresas por la segmentación, la deslocalización, la misma finalidad con la cual invierten en países que les proporcionan por un período determinadas garantías de exenciones tributarias y pagos parafiscales (como en Colombia) incentivando

la inversión, pero con un carácter temporal que no dura más de cinco años porque luego emigran a finalizar el periodo de gracia. ¿Qué organizaciones sindicales podrían establecerse y que tipo de negociación colectiva adelantarse frente a esa volatilidad? Con razón se les llama los capitales golondrina.

Estas consideraciones nos indican claramente que las organizaciones que se creen para este siglo XXI serán muy diversas y no con carácter reivindicatorio sino colaborativo, de socios con el propósito de que a ambos les vaya bien en el negocio.

El instrumento de entendimiento tendrá que ser el Dialogo Social no basado en el Tripartismo porque en países como China se habla del Cuarteto del Dialogo Social y en nuestro sentir debe ampliarse a los interlocutores sociales que demuestren interés y capacidad de aportar soluciones e ideas al caso controvertido.

El Informe Mundial sobre el Futuro del Trabajo presentado por la Comisión de Alto Nivel en Enero pasado señala que hay que aprovechar el momento para revitalizar el Contrato Social que presupone acuerdo de voluntades con propósitos que beneficien a ambas partes como principio contractual y que a través del Dialogo Social garantice la pertinencia del contrato con miras a afrontar los cambios en curso si todos los actores del mundo intervienen en él reforzando nuestro planteamiento de que el Dialogo Social tiene que abrirse necesariamente a todos los interlocutores sociales que serán quienes demuestren interés y capacidad para aportar fórmulas de solución de conflictos.

Del Diálogo Social ¿Nuevo camino para los Sindicatos?,⁶ una publicación de la OIT de 2000

6 SEPULVEDA Malbran Juan Manuel, María Luz Vega Ruiz El Dialogo Social ¿Nuevo Camino para los

de su presentación extractamos el siguiente aparte por su gran pertinencia y coincidencia con nuestros planteamientos: “En este dialogo deben participar todas las organizaciones representativas de los diferentes sectores sociales que precisamente por ello, constituyen la vía mediante la que dichos sectores defienden sus intereses?”

En la 107ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2018 el Informe VI presentado a estudio, en el párrafo 8 se deja constancia de que una serie de problemas han llevado a los actores fundamentales del diálogo social y a la OIT a estudiar formas de adaptar el dialogo social ay mejorar su pertinencia en el mundo del trabajo en permanente evolución, aprovechando las ventajas de la actual economía globalizada y un entorno que cambia rápidamente.

Consigna que China y gobiernos locales introdujeron cambios en sus mecanismos tripartitos de coordinación de las relaciones laborales y en Túnez la existencia del Cuarteto del Diálogo Social Tunecino al cual se le dio el Nobel de la Paz en 2011 por la construcción de una democracia pluralista con lo cual queda confirmado que el Tripartismo en el Diálogo Social ha sido revaluado precisamente por los cambios en el mundo del trabajo.

6. CONCLUSIONES

Resulta evidente que el Sindicalismo para el Siglo XXI tiene necesariamente que alejarse del modelo tradicional de hace dos siglos por efectos de las grandes transformaciones en el mundo del trabajo.

.....
Sindicatos? OIT Primera edición febrero de 2000 pág.

La presencia de las Revoluciones empezando por la Industrial para llegar a la 4.0 con los grandes cambios en el trabajo y sus procesos, la utilización de diferentes materiales y elementos en su realización indican la evolución que ha debido sufrir el sindicato para adaptarse a esos grandes cambios en el trabajo, no obstante y con todo respeto por ellos parecen haberse quedado en el tiempo como organizaciones pétreas e inflexibles con la consecuencia de haber perdido representatividad y con ello una sensible baja en la tasa de sindicalización y obvio en la trascendencia de la negociación colectiva.

Al realizar esa transformación profunda que deben asumir se impone la revisión de los mecanismos de presión como son la huelga y la figura del arbitramento los cuales han perdido efectividad y vigencia, posiblemente cumplieron su papel pero se requieren figuras nuevas, que se adapten a los grandes cambios sucedidos en el mundo del trabajo.

O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS POVOS INDÍGENAS NATIVOS NA CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO ESTADO PLURINACIONAL DA BOLÍVIA

Alexandre Gonçalves Ribeiro

RESUMO

O presente artigo visa proporcionar uma análise não exaustiva sobre os direitos fundamentais em destaque na novel Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia, mormente no tocante aos direitos dos povos indígenas nativos. Neste sentido, apresenta uma evolução histórica do conturbado processo constituinte e analisa pontualmente os artigos mais relevantes da Constituição Política do Estado da Bolívia de 2009, que apresenta um relevante contexto de reconhecimento das lutas históricas e empoderamento social da cultura e das tradições dos povos indígenas camponeses nativos. Pontos de destaque são traduzidos livremente, buscando sempre prestigiar o significado pretendido pelo constituinte e os artigos mais relevantes, por sua vez, são referenciados em notas de rodapé na linguagem

original permitindo que o leitor possa analisá-los de forma pessoal e crítica.

Palavras-chave: Constituição. Estado Plurinacional da Bolívia. Direitos Fundamentais. Direitos dos Povos Indígenas.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo é uma adaptação de um seminário apresentado em sala de aula no segundo semestre de 2016 quando o Autor cursava a disciplina de “Direito Processual do Trabalho Comparado” na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, no programa de Pós Graduação *Stritu Senso*/Mestrado daquela instituição. Na oportunidade foram destacados os direitos fundamentais da Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia em uma análise comparativa com outros Estados, bem como com o próprio Brasil.



Alexandre Gonçalves Ribeiro

Advogado, sócio do escritório Leitte, Gonçalves e Oliveira Júnior Sociedade de Advogados, graduado em Direito pela Universidade de Itaúna/MG, especialista em Direito Público pela ANAMAGES/Newton Campos, aluno Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu*/Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, na disciplina “Direito Processual do Trabalho”.

Este artigo, todavia, busca uma análise mais específica, destacando e analisando os direitos fundamentais especialmente àqueles dos povos indígenas que recebem *status* constitucional na referida carta magna.

2 BREVE RELATO HISTÓRICO

Cada texto constitucional nasce de um contexto temporal, histórico, político e cultural específico, e sua elaboração é forjada pela correlação de forças e anseios predominantes de um povo, de uma sociedade ou de uma nação. Na Bolívia, a promulgação da Constituição Política do Estado (CPE), em 2009, provém de um anseio antigo de romper com constitucionalismo tradicional, colonial, republicano e neoliberal e reconhecer como parte integrante e decisiva do Estado Democrático de Direito a pluralidade de pessoas, culturas e povos.

A Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia é muito formalista e, por isso, um dos textos constitucionais mais extensos do mundo, composta por 411 (quatrocentos e onze) artigos, divididos em cinco partes, dez disposições transitórias, uma disposição ab-rogatória e uma disposição final. Um salto dimensional relevante se considerarmos que a constituição anterior continha “apenas” 234 (duzentos e trinta e quatro) artigos.

Além de maior, a CPE estende o catálogo de direitos fundamentais para praticamente todos os direitos humanos reconhecidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 e na Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.

O novo catálogo de direitos e garantias

fundamentais compreende quase que a totalidade da parte dogmática da Constituição, bem como apresenta outros direitos implícitos na parte orgânica¹.

A Constituição foi resultado de um processo constituinte longo, conturbado e com importante participação popular. O povo local, como afirmam Dalmau e Pastor (2010, p. 13), é tido como pai desta nova constituição:

“Nadie, salvo el pueblo, puede sentirse progenitor de La Constitución, por la genuína dinámica participativa y legitimadora que acompaña a los procesos constituyentes.” (2010, p. 13)

Iniciado em 2006, durante o processo constituinte registraram-se dezenas de mortes e atos de sabotagem política e econômica, tudo sob uma permanente ameaça de guerra civil. O processo culminou com a promulgação do texto definitivo em 07/02/09, após aprovação em referendo popular com 61,43% dos votos².

As origens históricas que fundamentam a nova Constituição, todavia, são ainda mais antigas e remontam a movimentos revolucionários populares do início do século XXI. Sobre o tema Leonel Junior (201, p. 91) afirma que:

1 Denomina-se parte dogmática aquela que contém os enunciados substanciais, as definições políticas, filosóficas e ideológicas de uma Constituição e orgânica aquela que desenvolve a estrutura dos órgãos, a conformação do sistema jurídico e político, assim como a organização básica das instituições do Estado. Na Constituição Política do Estado pode-se encontrar a parte dogmática nos arts. 1-144 e a parte orgânica no arts. 145-411.

2 FIORI, Mylena. Agência Brasil. Nova Constituição é aprovada por mais de 61% dos votos. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2009-02-02/nova-constituicao-e-aprovada-por-mais-de-61-dos-votos>> 02/02/2009 as 17h37. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

(...) destacam-se dois momentos históricos de maior mobilização e luta política, a 'Guerra da Água' é uma delas e ocorre de janeiro a abril do ano 2000, movida pela intenção em privatizar o sistema de abastecimento de água na cidade de Cochabamba. A outra ficou conhecida como 'Guerra do Gás', ocorrida no ano de 2003, em decorrência da tentativa de venda do gás natural boliviano aos Estados Unidos através dos portos chilenos. (LEONEL JUNIOR, 2014, p.91)

Citadas medidas neoliberais não obtiveram sucesso frente à resistência popular, gerando intenso descrédito do então presidente Sanches de Lozada que renunciou e fugiu do país. Posteriormente, o sucessor, Carlos Mesa, enfrentou novamente a oposição popular em 2005, quanto se negou a aprovar a nacionalização dos hidrocarbonetos.

Leonel Junior (201, p. 105) ainda afirma que *"a amplitude dos protestos, em junho de 2005, levam à renúncia do presidente Carlos Mesa"* e de seus sucessores, quando *"o presidente da Suprema Corte (Rodríguez Veltzé) assume também o Poder Executivo e convoca novas eleições para dezembro de 2005"*, as quais elegeram Evo Morales como o primeiro presidente de origem indígena da Bolívia, de forma direta³, com mais de 54% dos votos.

Assim que Evo Morales assumiu a presidência como representante democrático dos anseios do bloco indígena-popular, anunciou o decreto de nacionalização dos hidrocarbonetos (Decreto Supremo 28.701), em maio de 2006, demonstrando ainda na visão

3 Antes da eleição de Evo em 2005, os presidentes foram eleitos indiretamente pelo Parlamento, por não alcançarem o mínimo de 50% dos votos, o que era previsto na Constituição vigente da época.

de Leonel Junior (201, p. 108) que *"a intenção do governo era redirecionar o excedente econômico, produzido a partir da retomada dos setores estratégicos, para o Estado"*.

Essas mudanças, todavia, necessitavam de aprofundamento jurídico e *status* constitucional, motivo pelo qual a assembleia constituinte era a forma mais efetiva de implantá-las.

Conforme apresenta em seu preâmbulo, o interesse primordial da nova Constituição Política era efetivamente *"refundar"* o estado boliviano, deixando no passado a condição colonial, republicana e neoliberal e assumindo o desafio histórico de construir coletivamente um Estado unitário social de direito plurinacional comunitário, que integrasse e articulasse os propósitos de evolução para um país democrático, que inspirasse a paz, comprometido com o desenvolvimento integral, a autodeterminação dos povos e o *"bem viver"*⁴.

3 DO PREÂMBULO CONSTITUCIONAL

O preâmbulo da CPE é bastante extenso, se comparado, por exemplo, àquele presente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e demonstra a profunda preocupação do constituinte com os direitos fundamentais⁵,

4 Para compreender o "bem viver", expressão cultural presente nas hodiernas constituições latino americanas (cf. Equador, Bolívia), sugere-se a leitura da entrevista concedida pelo ministro das Relações Exteriores da Bolívia e especialista em cosmovisão andina, David Choquehuanca, publicada no jornal boliviano *La Razón* em 31/01/2010. Disponível em <<http://www.novae.inf.br/site/modules.php?name=Conteudo&pid=1452>>. Acesso em 10/10/2016.

5 Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del produto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de

como igualdade, dignidade da pessoa humana, solidariedade, harmonia, igualdade na distribuição do produto social, direito ao bem viver, pluralidade (econômica, social, jurídica, política e cultural), acesso à água, ao trabalho, a educação, a saúde e a moradia.

Importante frisar que estes direitos são defendidos em um relevante contexto de reconhecimento das lutas históricas e empoderamento social da cultura e das tradições dos povos indígenas camponeses nativos, invocando, por exemplo, a força da *Pachamama*⁶ como inspiração espiritual para a refundação do Estado.

Neste contexto de direitos fundamentais é importante destacar na conclusão preambular a citação relativa aos mártires do processo constitucional, veja:

“(...) Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia”. (Preámbulo. Constitución Política Del Estado Plurinacional da Bolivia. 2009).

A homenagem trata de um dos eventos mais dramáticos e infames do processo constituinte, que chocou a comunidade internacional e as organizações de direitos humanos, o chamado “massacre de Pando”.

Segundo acusações dos indígenas camponeses, em 11/09/2008, autoridades bolivianas do departamento de Pando,

.....
los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos. FONTE: BOLÍVIA. Constitución Política Del Estado (2009). Preámbulo. Disponível em <www.presidencia.gob.bo/documentos/publicaciones/constitucion.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

6 Palavra em no idioma indígena *quéchua* para "Mãe Terra".

orquestraram uma emboscada seguida da morte de aproximadamente 20 (vinte) indígenas, como parte de uma tentativa de golpe de Estado civil contra o governo de Evo Morales por membros do movimento cívico de direita. Uma investigação realizada pelas equipes da UNASUL - União de Nações Sul-Americanas chegou à conclusão de que o evento constituiu em verdadeiro “*crime contra a humanidade*”.

4 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS

Em uma análise superficial da Constituição poderíamos entender que os direitos fundamentais compreendem apenas aqueles estabelecidos entre os artigos 13 e 107 que, de acordo com a organização da hermenêutica constitucional recebem o título de “*Direitos Fundamentais e Garantias*”.

No entanto é possível localizar outros direitos fundamentais que não se encontram necessariamente no catálogo de direitos indicados, como exemplo, o direito à paz, estabelecido no art. 10⁸ ou ainda o direito à água, estabelecido no art. 373⁹, sendo este inclusive, o único reconhecido textualmente pelo legislador constituinte como sendo

7 CLAVERO, Bartolomé. Comisión de UNASUR y Calificación de la Masacre de Bolivia, Disponível em: <<https://www.servindi.org/actualidad/5894>> Publicado em 05/12/08. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

8 Artículo 10. I. Bolivia es un Estado pacifista, que promueve la cultura de la paz y el derecho a la paz (...). FONTE: BOLÍVIA. Constitución Política Del Estado (2009). Disponível em <www.presidencia.gob.bo/documentos/publicaciones/constitucion.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

9 Artículo 373. I. El agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida, em el marco de la soberanía del Pueblo (...). FONTE: BOLÍVIA. Constitución Política Del Estado (2009). Disponível em <www.presidencia.gob.bo/documentos/publicaciones/constitucion.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

“fundamentalíssimo”.

Na primeira parte da Constituição, denominada “*Bases Fundamentais do Estado, Direitos e Deveres e Garantias*” podemos perceber um zelo especial do constituinte com relação ao pluralismo, ao reconhecimento do direito a igualdade entre pessoas e povos e a autodeterminação, sempre destacando a importância dos povos indígenas na criação do país e do Estado.

No artigo 1º, o modelo de Estado é constituído dando ênfase ao fato do mesmo ser plurinacional e baseado na pluralidade política, econômica, jurídica, cultural e linguística¹⁰.

Leonel Júnior (2014, p.190) afirma que o “*pluralismo destaca-se como atributo central da Constituição boliviana*”, pois demonstra com muita clareza o interesse do Estado em reconhecer que conceitos e visões de mundo provenientes da tradição indígena andina sejam efetivamente constitucionalizados.

O artigo 2, por sua vez, dando efetividade ao pluralismo, destaca a importância do reconhecimento dos territórios indígenas, da autonomia, do autogoverno, da cultura e o respeito das instituições e da autodeterminação das nações e povos indígenas originários camponeses pré-coloniais.

A título comparativo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconhece aos índios direitos análogos

10 Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país. FONTE: BOLÍVIA. Constitución Política Del Estado (2009). Disponível em <www.presidencia.gob.bo/documentos/publicaciones/constitucion.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

apenas no art. 231, o que demonstra - *ainda que destaquemos a ausência de hierarquia dos direitos fundamentais* - uma “urgência legislativa” muito superior no tocante a tutela dos direitos das nações e povos indígenas no caso boliviano.

O artigo 3 reconhece a igualdade do povo boliviano na conformação da nação como efetiva comunidade, dando destaque novamente aos povos e nações indígenas, mas abrangendo também, de forma explícita, as mulheres bolivianas, as comunidades interculturais e afro-bolivianas.

No particular, Canotilho (2008, p. 130) destaca que:

“(...) o povo, na atualidade, se entende como uma grandeza pluralística formada por indivíduos, associações, grupos, igrejas, comunidades, personalidades, instituições, veiculadores de interesses, ideias, crenças e valores, plurais, convergentes ou conflitantes”. (Canotilho, 2008, p. 130).

O artigo 4 demonstra expressamente a laicidade do Estado, promovida pelo desejo revolucionário de deixar no passado¹¹ o Estado colonial, republicano e neoliberal, declarando expressamente que respeita a liberdade de religião, bem como de qualquer tipo de crença espiritual, de acordo com as cosmovisões¹² de

11 Cf. Art. 3º da Constituição Boliviana de 1967: El Estado reconoce y sostiene la religión católica, apostólica y romana. FONTE: BOLÍVIA. Constitución Boliviana (1967). Disponível em <www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/bo/bo025es.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

12 WOLTERS, Albert M. "What is a Worldview? em Creation Regained: Biblical basis for a reformation worldview". Grand Rapids, MI: Eerdmans, 2000, p. 3. Tradução livre.

cada pessoa ou comunidade.

No particular o professor de Religião e Teologia do *Classical Languages at Redeemer College*, Albert Wolters (2000, p. 3) explica que:

O termo cosmovisão [*worldview*] veio da língua Inglesa como uma tradução da palavra alemã *Wel-tanschauung* [percepção (de mundo), ponto-de-vista, concepção (de mundo), cosmovisão]. (...) Um sinônimo aceitável é “perspectiva de vida” ou “visão confessional”. Nós podemos também falar mais vagamente sobre o conjunto dos “princípios” ou “ideais” de uma pessoa. Um marxista chamá-lo-ia de uma “ideologia”; a classificação mais prevaiente nas ciências sociais hoje provavelmente é “sistema de valores”. Estes termos são menos que aceitáveis porque os próprios termos possuem conotações de determinismo e relativismo que revelam uma cosmovisão inaceitável. Para nossas finalidades, cosmovisão será definida como “a estrutura abrangente das crenças básicas de alguém sobre coisas”. (Wolters, 2000, p. 3). Tradução livre.

De todo modo, em que pese o Estado Boliviano declarar-se independente da religião, quase como a totalidade dos países sul-americanos¹³, podemos observar contraditoriamente no preâmbulo que, pela refundação da Bolívia, são atribuídas graças a Deus e invocada a força da *Pachamama*, o que demonstra um sincretismo religioso interessante.

13 Atualmente a Argentina é o único país sul-americano que ainda consagra o catolicismo como religião oficial (cf. art. 2º, Constitución de la Nación Argentina de 1810).

Ainda com relação à pluralidade do Estado a Constituição demonstra seu comprometimento ao reconhecer no artigo 5, como oficial, não apenas o idioma castelhano, bem como outros 36 (trinta e seis) idiomas das nações e povos indígenas, fazendo questão de citá-los, um por um.

Além da legitimação, como línguas oficiais, a CPE se preocupou com a efetividade da medida, determinando que os governos departamentais se utilizem de pelo menos duas línguas oficiais de acordo com os costumes, conveniência, necessidades e preferências da região, reconhecendo constitucionalmente estas línguas como patrimônio histórico-cultural das comunidades e efetivando o direito de participação do indígena como sujeito na democracia.

Em uma comparação livre, seria como se o Brasil reconhecesse como oficiais algumas das mais de 274 línguas indígenas faladas por indivíduos pertencentes às 305 etnias identificadas pelo IBGE¹⁴, além de exigir que cada Estado se utilizasse de pelo menos uma destas línguas como oficial, dependendo dos costumes.

Portanto, o artigo 5 da Constituição Boliviana trata-se de um passo imenso para um Estado que procura tratar a inclusão e o pluralismo de forma honesta, inclusiva e efetiva.

Além da pluralidade de idiomas, o legislador procurou ainda estabelecer uma linguagem acessível aos cidadãos, numa relação de comunicação/educação política importante, como no inciso I do artigo 8¹⁵, onde o Estado

14 IBGE. Censo Demográfico de 2010. <<http://indigenas.ibge.gov.br/estudos-especiais-3/o-brasil-indigena/lingua-falada.html>>. Acesso em 17/10/2016.

15 Artículo 8. I. El Estado asume y promueve como

assume e promove os princípios ético-morais da sociedade plural, e o faz, citando expressões indígenas na língua *quechua*, o que demonstra indiscutível respeito a direitos fundamentais como, acesso a informação e autoidentificação cultural.

Estas expressões são muito peculiares dos povos indígenas andinos e são utilizadas para pautar as relações das pessoas com elas próprias, com seus pares e com natureza, como “não seja preguiçoso, não seja mentiroso, nem seja ladrão”, “viva bem”, “viva harmoniosamente”, “tenha uma vida boa”, “não cause mal a terra” e “tenha um caminho de vida nobre”.

Independente da questão linguística, o artigo 8 é muito importante quando se trata de direitos fundamentais pois ao delimitar seus princípios ético-morais e valores ele cria terreno fértil para o reconhecimento dos princípios fundamentais, como igualdade e dignidade da pessoa humana aos cidadãos e aos povos que formam o país.

Quando a Constituição adota no artigo 11 seu sistema de governo, ela também reconhece a igualdade de pessoas e gêneros no exercício da democracia, chamando a atenção para o fato deste sistema ser exercido de forma participativa e direta¹⁶, representativa (delegada/ indireta)¹⁷

.....
 principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble). FONTE: BOLÍVIA. Constitución Política Del Estado (2009). Disponível em <www.presidencia.gob.bo/documentos/publicaciones/constitucion.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

16 Cf. artigo 240 da Constitución Política Del Estado (2009).

17 Cf. artigo 27 e 27 da Constitución Política Del Estado (2009).

e/ou comunitária¹⁸.

No artigo 12 se destaca o fato do Estado Boliviano adotar a habitual divisão de poderes dos Estados modernos, todavia, de forma diferenciada da visão clássica tripartite de Montesquieu (2007, pág. 246), afirmando que o Estado se organiza e estrutura através de quatro órgãos, Legislativo, Executivo, Judicial e Eleitoral.

Finalmente chegamos ao título II da Constituição, que se intitula “*Direitos Fundamentais e Garantias*”. O capítulo primeiro, denominado de disposições gerais, reconhece já no artigo 13 que os direitos ali expostos são invioláveis, universais, interdependentes, indivisíveis e progressivos, delegando ao Estado o dever de promovê-los, protegê-los e respeitá-los.

Ressalta ainda que o rol proclamado pela constituição não é exaustivo, que a classificação destes direitos não determina qualquer tipo de hierarquia, bem como que a interpretação dos direitos e deveres consagrados pela Constituição deve ser feita em conformidade com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pela Bolívia.

Gamboa (2015, p. 329-342) afirma que “o artigo 13 funciona como uma janela real para os Direitos Humanos Internacionais, uma vez que permite a adoção de uma interpretação que dá a Constituição um caráter aberto”, importando ressaltar, todavia que “a interpretação do Tribunal Constitucional Plurinacional (TC) é essencial para a aplicação de fontes externas”, bem como que o objetivo deste artigo é permitir “uma abertura do CPE ao direito internacional sem descurar o respeito pela supremacia

.....
 18 Cf. artigo 30, inciso 14 e 15 da Constitución Política Del Estado (2009).

constitucional.”

Por fim, mas não menos importante, o artigo 13 ainda determina que os tratados e convênios internacionais, que reconhecem direitos humanos e que proíbem sua limitação nos Estados de Exceção, se ratificados pela Assembleia Legislativa Plurinacional¹⁹, prevalecem na ordem interna sendo, portanto, supralegais.

No artigo 14 destaca-se o direito a personalidade e a capacidade jurídica de acordo com a lei (inciso I), o direito a igualdade (inciso II), das pessoas e coletividades (inciso III), reconhece o princípio da legalidade (inciso IV) e a aplicação da constituição e das leis a todas as pessoas naturais e jurídicas, bolivianas ou estrangeiras em território boliviano (inciso V e VI).

No capítulo segundo, intitulado “*Direitos Fundamentais*” a CPE enumera entre os artigos 15 e 20 a CPE os direitos basilares como o direito a vida, a integridade física, psicológica e sexual, direito a água, a saúde, a moradia e aos serviços públicos essenciais.

Entres estes artigos destaca-se o artigo 18, que trata do direito a saúde e onde se determina expressamente que o mesmo deve ser exercitado com características como a intraculturalidade, interculturalidade e o atendimento deve ser de qualidade e “calor humano”.

Estas características peculiares tornam-se ainda mais relevantes quando combinamos a sua interpretação com as regras contidas nos incisos 9 e 13 do artigo 30, que ratifica que o sistema de saúde é universal e gratuito e deve valorizar, respeitar e promover a medicina e

19 Nome oficial da reunião em congresso de Câmaras de Senadores e Deputados na Bolívia.

os conhecimentos tradicionais, os saberes e as cosmovisões (visões particulares) dos povos indígenas, ou seja, independentemente dos tratamentos médicos científicos, o sistema público de saúde boliviano deve respeitar a utilização de práticas tradicionais indígenas de tratamento, baseadas nos conhecimentos empíricos milenares daqueles povos.

O artigo 19 também guarda uma particularidade interessante. Ali está protegido o direito a uma moradia e a um “habitat adequado”, expressão esta utilizada claramente para incluir no arcabouço constitucional as comunidades e povos indígenas camponeses que não moram em residências tradicionais, mas que merecem o respeito ao lugar que elas mesmas consideram como moradia.

O capítulo terceiro intitula-se “*Direitos Cívicos e Políticos*”, estando os primeiros listados entre os artigos 21 a 25 e os demais entre os artigos 26 e 29. O que chama atenção neste título é, novamente, a importância destinada à auto identificação cultural das pessoas e dos povos, sendo este o primeiro direito consagrado no texto (inciso i). Somam-se a este direito, as liberdades e direitos habituais nos estados democráticos de direito.

5 DOS DIREITOS DAS NAÇÕES E POVOS INDÍGENAS NATIVOS

O capítulo quarto da Constituição, intitulado originalmente como “*Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos*”, dedica-se exclusivamente a identificar, conformar e reunir os direitos das nações e povos indígenas nativos da Bolívia e a nosso sentir é o ponto fulcral desta carta magna.

Conforme evidenciado na carta

introdutória da Constituição²⁰ endereçada pelo presidente Evo Morales ao povo boliviano:

“Históricamente, Bolivia se ha construido a partir de la exclusión de los pueblos indígenas. Es por eso que en el marco de las transformaciones profundas y democráticas nos hemos propuesto cambiar esta situación injusta.

Todos quienes nacimos en Bolivia somos originarios de esta tierra; algunos somos originarios milenarios y otros son originarios contemporáneos. El problema es que los originarios milenarios somos muchos pero pobres y los originarios contemporáneos son pocos pero ricos. Mediante esta Nueva Constitución Política queremos que todos los originarios bolivianos seamos iguales. Eso estamos buscando, sin racismo, ni discriminación”. (Carta de Introducción. Constitución Política Del Estado Plurinacional da Bolivia. 2009).

Portanto, a proteção dos direitos das nações e povos indígenas toma papel de destaque no regramento constitucional, definindo já no inciso I do artigo 30 que se considera nação ou povo indígena originário campesino toda coletividade humana que compartilhe identidade cultural, idioma, tradição histórica, instituições, territorialidade e cosmovisão, cuja existência é anterior à invasão colonial espanhola.

O item II do mesmo artigo enumera uma extensa lista de direitos fundamentais dos povos indígenas originários campesinos, entre os quais se destacam o respeito à existência

livre, a identidade cultural, religiosa, espiritual, aos costumes e práticas, a livre determinação e a territorialidade, a valorização dos saberes e conhecimentos tradicionais, da medicina, dos idiomas, rituais, vestimentas e símbolos, a um meio ambiente são, a educação intracultural, intercultural e plurilíngue, ao sistema de saúde universal, ao exercício dos sistemas políticos, jurídicos e econômicos de acordo com sua visão de mundo, a participação na exploração dos recursos naturais em seus territórios e a gestão territorial inclusive no tocante ao uso dos recursos naturais em seus territórios.

Algumas peculiaridades deste inciso II dizem respeito a possibilidade, caso seja de interesse da pessoa, de lançar em sua cédula de identidade ou documento oficial sua identidade cultural, bem como na preocupação do Estado com a proteção dos “lugares sagrados” de cada povo, o direito a propriedade intelectual coletiva dos saberes, ciências e conhecimentos e, por fim, o direito de serem consultados pelo Estado no caso de medidas legislativas que afetem de qualquer forma suas instituições ou os recursos naturais de seu território.

Neste artigo percebe-se com muita clareza que a CPE busca pagar uma dívida histórica²¹ com os povos que habitavam a Bolívia pré-colonial, reparando a injustiças do passado e reconhecendo explicitamente a importância dos povos indígenas na formação do Estado atual. Por fim, o inciso III do mesmo artigo 30 ainda arremata a proteção afirmando que o Estado respeita e protege os direitos das nações e povos originários campesinos consagrados na

20 BOLÍVIA. Constitución Política Del Estado (2009). Carta de Introducción. Disponível em <www.presidencia.gob.bo/documentos/publicaciones/constitucion.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

21 Dívida histórica é um termo comumente usado para afirmar que a população atual de determinado país ou local, deve pagar (resgatar) as injustiças cometidas no passado contra determinado grupo de pessoas.

CPE.

Além do arcabouço de direitos trazidos acima o capítulo quarto finaliza sua proteção aos indígenas reconhecendo no artigo 31 que os povos indígenas em extinção ou isolamento voluntário serão respeitados e protegidos em suas formas de vida individual e coletiva, bem como que estes últimos têm direito a manter-se em isolamento no território que ocupam e habitam mediante consolidação legal deste território.

O direito ao isolamento, indiscutivelmente subdivide-se em outros não menos importantes, o direito à autodeterminação e em uma visão mais ampla ao direito a saúde, já que os contatos com indígenas isolados no Brasil, por exemplo, que fizeram parte da política oficial durante décadas, resultaram em inúmeras tribos dizimadas.

Por fim o artigo 32 estende ao povo afro boliviano, em tudo que se corresponda, todos os direitos reconhecidos na CPE para as nações e povos indígenas originários campesinos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia demonstra de forma muito clara o sentimento revolucionário do povo Boliviano na tentativa de construção de um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, fundamentando na pluralidade e no pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e linguístico.

Todavia, não se deve cair no discurso maniqueísta que trata o Estado Plurinacional de forma idealizada e quase romântica, como portador de uma espiritualidade inerente ao seu contexto social, tampouco deve ser sustentado

o discurso pragmático de que nada mudou e segue um processo de reprodução diferenciada do mesmo padrão liberal e capitalista.

Este novo Constitucionalismo é, ainda que claramente utópico, salutar, pois apresenta relevante cuidado com os direitos fundamentais dos povos indígenas nativos que, diferentemente dos livros de história, sempre foram os verdadeiros descobridores da América.

REFERÊNCIAS

BOLÍVIA. **Constitucion Política Del Estado (2009)**. Disponível em <www.presidencia.gob.bo/documentos/publicaciones/constitucion.pdf>.

BOLÍVIA. **Constitucion Boliviana (1967)**. Disponível em <www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/bo/bo025es.pdf>

CANOTILHO, J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Lisboa: Editora Almedina, 2008.

CLAVERO, Bartolomé. **Comisión de UNASUR y Calificación de la Masacre de Bolivia**. Disponível em: <<https://www.servindi.org/actualidad/5894>>. Publicado em 05/12/08.

DALMAU, Rubén Martinez; PASTOR, Roberto Viciano. **Los procesos constituyentes latinoamericanos y El nuevo paradigma constitucional**. In: Revista Del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, n. 25, 2010, p.13.

FIORI, Mylena. Agência Brasil. **Nova Constituição é aprovada por mais de 61% dos votos**. Disponível em: <<http://memoria>>

ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2009-02-02/nova-constituicao-e-aprovada-por-mais-de-61-dos-votos>. Publicado em 02/02/2009 as 17h37.

GAMBOA, N. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la nueva Constitución política del estado plurinacional de Bolivia.

Tradução. 1. ed. Tarija: Universidad Autónoma Juan Misael Saracho, 2015. p. 329-342

LEONEL JÚNIOR, Gladstone. A Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia como um instrumento de hegemonia de um projeto popular na América Latina. 2014. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

MONTESQUIEU, Barão de. Do Espírito das Leis. São Paulo: Martin Claret, 2007.

PROSPERIDADE ETICA NO FUTURO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NOS 100 ANOS DA OIT

Marlos Augusto Melek

Quando a OIT completa seu centésimo aniversário, escrever sobre o futuro do trabalho revela-se um grande desafio num mundo de transformações. Incessantes transformações.

Há cem anos, lembro que pouco antes da OIT ser instituída, o brasileiro Santos Dumont realizava o primeiro voo de um avião em Paris, e pouco antes disso era inventado o relógio de pulso, que foi criado justamente para que Dumont pudesse medir tempo e distância dentro de seus experimentos aéreos, que passaram por balões, dirigíveis, 14 BIS e Demoiselle.

É quase inacreditável, inalcançável o que mudou de lá para cá.

A vida de pessoas que trabalham ou daqueles que geram empregos, daqueles que administram essas relações, criando, gerenciando ou aplicando as normas regentes comportam difíceis escolhas.

Existem metas locais, regionais, nacionais e mundiais no caminhar das relações de trabalho.

Apesar de conceitos permanentes na atualidade de globalização, ainda restam bastante heterogêneas as condições de trabalho ao redor do globo.

Dentre tamanhos rumos, penso no premente desafio da geração de empregos nos países ditos em desenvolvimento para jovens e pessoas da melhor idade. Os primeiros precisam de inserção no trabalho e o segundo grupo precisa de menos descartabilidade – nos termos das lições de Alvin Tofler, autor norte americano – na obra sempre atual 'O choque do futuro'.

Sempre foi difícil para um jovem na tenra idade optar por uma profissão, ainda com maturidade incipiente. Esse nível de dificuldade aumenta na mesma proporção em que reduz nosso grau de compreensão com as mudanças diuturnas.

Nesse sentido, é certo que profissões deixarão de existir, mas não sabemos o tempo que levará para isso ocorrer. Outras, entretanto, que sequer passam em nosso imaginário,



.....
Marlos Augusto Melek

Juiz do Trabalho há 13 anos. Foi Juiz Auxiliar da Presidência do TST - Tribunal Superior do Trabalho. Foi Juiz Corregedor Nacional de Justiça Auxiliar no Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Foi Juiz Corregedor Regional Auxiliar no Tribunal Regional do Trabalho da 9a Região. Foi Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 9a Região.

surgirão, seja para *atender* necessidades humanas, seja para *criar* novas necessidades, no conceito moderno do imortal Phillip Kotler.

Um livro inteiro em poucos *bytes*, uma biblioteca inteira num *chip*.

Palavras como *bytes* então passam a fazer parte do nosso dia, e essa distinção pode se aproximar da regra...cada vez mais delas farão parte não apenas de nossa língua, mas de um padrão global de comunicação.

O eclipse que forma a inserção da tecnologia nos meios de produção influencia diretamente nas relações de trabalho.

Pedir um sanduíche numa tela 'touch'. São máquinas ocupando o lugar das pessoas que não possuem mais aquele trabalho, aquela atividade. E a evolução tecnológica é inevitável, e não será pela norma que privará seus incríveis avanços.

A pergunta central é: que tipo de habilidades teremos de ter, desenvolver ou aprimorar para garantirmos a nossa prosperidade e de nossas famílias?

A busca de soluções criativas parece ser indispensável, o que deve surgir não só de um relacionamento atual com a tecnologia, mas especialmente no relacionamento com outras pessoas, à medida que a tecnologia não substitui a empatia, olhos nos olhos, o calor humano e o aspecto sentimental e emotivo das relações, quando a relação tecnológica é meramente "técnica".

Indispensável o relacionamento interpessoal, sem abreviações em aplicativos mas palavras faladas inteiras, olhando nos olhos, o que vai se tornando algo cada vez mais raro em em velocidade de proporção geométrica.

O desafio não é só das instituições e dos administradores, mas também de cada um de

nós. Criar oportunidades num ambiente mais digital e global.

Nesse ambiente, controlar o estresse e a ansiedade são pré-requisitos básicos.

Para nosso alento, existem conceitos que não mudam.

Desde o princípio, o sentimento e o conceito de dignidade e honestidade não mudam. O mundo digital pode dominar o mundo, atender e criar necessidades, mas o centro da atenção não pode se perder da figura do homem.

Nesse contexto, as condutas e comportamentos do homem, sejam presenciais ou digitais, terão como DNA a ética do próprio homem, e serão rapidamente identificadas, trazendo a seus atores sociais os ônus e os bônus de suas manifestações.

Pelo trabalho, desde sempre, o homem busca mais que seu sustento, mas viraliza sua dignidade. O trabalho assim transmuda-se em inúmeras novas formas e modelos, mas o conceito de sustentabilidade e dignidade sempre se farão presentes, mesmo num momento em que a robótica e a inteligência artificial tentam roubar a cena.

O Brasil é um dos países que ostenta maior mobilidade social, o que deve acentuar-se nos novos tempos.

O que faremos com nosso futuro nas relações de trabalho depende do nível de soluções criativas que encontraremos, pois de nada adianta suprimir a evolução tecnológica que caminha a passos de progressão geométrica.

As soluções criativas residem no desenvolvimento de novas habilidades, centradas na ética, no respeito, na honestidade, na dignidade do homem e o valor do fenômeno trabalho.

Somente assim os desafios serão vencidos, atendendo a critérios de dificuldades locais, regionais e globais, quando apostaria nas relações humanas e não somente na atualização tecnológica para que o futuro nos traga prosperidade pelo trabalho.

Dicotômico o contraste do avanço tecnológico nas relações humanas, e as piores formas de trabalho já definidas em Carta da OIT, que no submundo, nos bastidores mais perversos, produzem o trabalho infantil, o trabalho escravo ou em condições análogas e o tráfico de pessoas, que normalmente está relacionado à exploração laboral.

Não há outro caminho senão maior sinergia entre as autoridades de todos os níveis, poderes e nacionalidades, para que possam combater com legislações tão eficazes e rigorosas quanto maior for o grau de absurdo praticado por condutas criminosas de alta reprovabilidade.

Nos Estados, fortalecimentos das Instituições relacionadas ao trabalho. Entre os Estados, necessária cooperação em todos os níveis de governabilidade.

São novos tempos. Novas tarefas. Novas habilidades.

Relembrando e enaltecendo o Tratado de Versalhes quando do fim da Primeira Grande Guerra, possa a OIT com olhos ao futuro, promover a paz nas relações de trabalho em sociedades complexas e heterogêneas sendo os desafios, catalisadores.

Conferência Internacional do Trabalho, 108.^a Sessão, 2019



Organização
Internacional
do Trabalho



1919-2019

Relatório IV

Documento final do Centenário da OIT

Quarto ponto da ordem de trabalhos

Bureau Internacional do Trabalho, Genebra

ISBN: 978-972-704-426-9 (Web pdf)

Primeira edição 2019

Esta edição só foi possível com o financiamento do Governo de Portugal através do Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social

As designações empregadas nas publicações do BIT, que estão em conformidade com a prática das Nações Unidas, bem como a forma sob a qual figuram nas obras, não refletem necessariamente o ponto de vista do *Bureau* Internacional do Trabalho relativamente à natureza jurídica de qualquer país, área ou território, ou respetivas autoridades, ou ainda relativamente à delimitação das respetivas fronteiras.

A referência ou não referência a empresas, produtos ou procedimentos comerciais não implica qualquer apreciação favorável ou desfavorável por parte do *Bureau* Internacional do Trabalho.

Para mais informações sobre as publicações e os produtos digitais do *BIT*, visite a sítio Web: www.ilo.org/publns.

Formatado por TTE: Confrep-ILC108(2019)-[DDGMR-190507-1]-En.docx [versão inglesa]

I. Os antecedentes da elaboração da proposta de Declaração do Centenário da OIT

1. O ano de 2019 assinala o 100.º aniversário da Organização Internacional do Trabalho (OIT). O Centenário é uma oportunidade não apenas de olhar para trás e celebrar a história e as conquistas da OIT, mas também de planejar para o futuro. Proporciona uma oportunidade única para reafirmar a relevância do mandato de justiça social da OIT e da Agenda do Trabalho Digno, bem como para traçar um caminho que permitirá à Organização enfrentar novos desafios no início do seu segundo século de existência.

2. No seu relatório à 102.ª sessão (2013) da Conferência Internacional do Trabalho,¹ o diretor-geral propôs sete Iniciativas do Centenário:² a Iniciativa sobre a Governança, a Iniciativa sobre as Normas, a Iniciativa Verde, a Iniciativa sobre as Empresas, a Iniciativa sobre a Erradicação da Pobreza, a Iniciativa sobre as Mulheres no Trabalho e a Iniciativa sobre o Futuro do Trabalho. A Iniciativa sobre o Futuro do Trabalho é o elemento central das atividades de comemoração do Centenário da OIT.

A Iniciativa sobre o Futuro do Trabalho

3. A Iniciativa sobre o Futuro do Trabalho foi o tema do debate plenário da Conferência na sua 104.ª sessão (2015), tendo os/as delegados/as manifestado o seu apoio a um plano de execução em três fases, descrito no relatório do diretor-geral.³ Durante a primeira fase da Iniciativa, mais de 110 Estados-membros organizaram diálogos tripartidos sobre o futuro do trabalho, considerando quatro dimensões identificadas no relatório do diretor-geral: trabalho e sociedade, emprego digno para todas as pessoas, organização do trabalho e da produção e governança do trabalho.

4. A segunda fase da Iniciativa começou com o lançamento da Comissão Mundial sobre o Futuro do Trabalho, em agosto de 2017. A Comissão Mundial foi copresidida pelo primeiro-ministro da Suécia, Stefan Lofven, e pelo Presidente da África do Sul, Cyril Ramaphosa.⁴ A eles juntaram-se 25 membros, oriundos de todas as regiões do mundo, com diferentes interesses, percursos pessoais e profissionais, experiências e perspectivas, mas todos com sólidos conhecimentos sobre o mundo do trabalho.

¹ OIT: *Towards the ILO centenary: Realities, renewal and tripartite commitment*, Relatório do Diretor-Geral, Relatório I (A), Conferência Internacional do Trabalho, 102.ª sessão, Genebra, 2013.

² Para mais informações sobre as sete Iniciativas do Centenário, visite: <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/centenary/lang--en/index.htm>.

³ OIT: *The future of work centenary initiative*, Relatório do Diretor-Geral, Relatório I, Conferência Internacional do Trabalho, 104.ª sessão, Genebra, 2015.

⁴ Ameenah Gurib-Fakim, ex-Presidente da República da Maurícia, copresidiu à Comissão Mundial nas suas duas primeiras reuniões.

5. A Comissão Mundial reuniu-se quatro vezes em sessão formal e lançou o seu relatório intitulado *Trabalhar para um futuro melhor* em 22 de janeiro de 2019.⁵ O relatório da Comissão Mundial foi transmitido à atual sessão da Conferência pelo diretor-geral e será o tema do debate no plenário.
6. Durante a terceira fase da Iniciativa, a OIT incentivou os seus Estados-membros a organizarem eventos do Centenário para analisarem o relatório da Comissão Mundial, a fim de se prepararem para a 108.^a sessão da Conferência.

Sessões do Conselho de Administração e consultas tripartidas

7. Desde 2013, tiveram lugar várias sessões do Conselho de Administração e uma série de consultas com os três grupos de mandantes, das quais resultaram orientações estratégicas inestimáveis respeitantes à Iniciativa do Centenário sobre o Futuro do Trabalho, que contemplavam, nomeadamente, o âmbito e a natureza de uma Declaração do Centenário e o seu processo de elaboração.
8. O Conselho de Administração discutiu primeiro a ordem de trabalhos da 108.^a sessão da Conferência nas suas 329.^a e 331.^a sessões realizadas em março⁶ e outubro⁷ de 2017, das quais resultou um consenso geral de que a ordem de trabalhos da Conferência se deveria centrar no futuro do trabalho, com o objetivo de orientar as atividades futuras da Organização através da consideração de um «documento final».
9. Na sua 332.^a sessão, em março de 2018, o Conselho de Administração discutiu ainda a ordem de trabalhos, o formato e o programa da sessão do Centenário da Conferência.⁸ Os membros do Conselho de Administração expressaram o seu apoio à negociação de um documento final através da criação de um comité plenário e salientaram que qualquer texto adotado pela Conferência por ocasião do Centenário deveria ter um valor comparável ao dos textos adotados noutros momentos-chave da história da Organização. O Conselho de Administração decidiu inscrever na ordem de trabalhos da 108.^a sessão da Conferência pontos relacionados com o futuro do trabalho e com as correspondentes Iniciativas do Centenário, e solicitar ao diretor-geral que concretizasse a natureza e o formato desses pontos para consideração do Conselho de Administração em novembro de 2018.
10. Na sua 334.^a sessão⁹, em novembro de 2018, o Conselho de Administração aprovou as propostas do diretor-geral relativas à natureza, formato e processo de consulta para a elaboração de um projeto de documento final para consideração da Conferência na sua 108.^a sessão. As etapas fundamentais do processo de consulta acordado incluíam: um documento de trabalho para consultas tripartidas informais a realizar em fevereiro de 2019; um segundo documento com os elementos de base do documento final para debate e orientação do Conselho de Administração na sua 335.^a sessão em março de 2019; um terceiro documento para consultas informais a realizar em abril de 2019; e uma proposta do texto preliminar do documento final a disponibilizar no início de maio de 2019.

⁵ OIT: *Trabalhar para um futuro melhor - Comissão Mundial sobre o Futuro do Trabalho*, Genebra, 2019.

⁶ GB.329/INS/2.

⁷ GB.331/INS/2.

⁸ GB.332/INS/2.

⁹ GB.334/INS/2/2.

11. Foi elaborado um documento de trabalho e foram realizadas consultas com os três grupos¹⁰ durante a semana de 4 de fevereiro de 2019. Surgiu o consenso de que o documento final da Conferência deveria assumir a forma de uma Declaração do Centenário, que se basearia na Constituição da OIT, na Declaração de Filadélfia (1944) e em outras declarações anteriores, mas que iria além de uma mera reafirmação desses instrumentos. Deveria reforçar os princípios fundamentais, os objetivos estratégicos e o papel normativo da OIT, reafirmar o valor do tripartismo e do diálogo social, ser relevante para todos os Estados-membros em todas as fases de desenvolvimento, ser conciso e orientado para a ação, mas sem prazos vinculativos, e definir a orientação estratégica e de longo prazo da OIT. A Declaração proposta deveria ter em conta o relatório da Comissão Mundial sobre o Futuro do Trabalho, consolidar a posição da OIT como autoridade mundial em questões de emprego e de trabalho, reforçar o papel e a influência da OIT no sistema multilateral e apoiar o papel de liderança da OIT na definição do futuro do trabalho.

12. Na sua 335.^a Sessão, o Conselho de Administração discutiu os elementos de base¹¹ para a elaboração de uma Declaração do Centenário, que tinham sido preparados com fundamento nas consultas informais realizadas em fevereiro de 2019. Os membros do Conselho de Administração forneceram orientações valiosas sobre os elementos de base propostos. Tendo em conta o nível de convergência sobre muitos aspetos que resultou das consultas, o Conselho de Administração também subscreveu a proposta do *Bureau* para acelerar o processo e solicitou ao diretor-geral que preparasse um projeto de Declaração, que deveria estar disponível para as consultas a realizar em abril de 2019.

13. Um projeto de Declaração e projetos de métodos de trabalho para o comité plenário foram objeto de consultas com os mandantes no final de abril¹² de 2019. À luz das observações e orientações formuladas nessas consultas, o diretor-geral elaborou o projeto de Declaração do Centenário da OIT em anexo, que é submetido à consideração da Conferência Internacional do Trabalho na presente sessão.

¹⁰ Consultas para governos (4 de fevereiro), trabalhadores (5 de fevereiro), empregadores (7 de fevereiro), grupos tripartidos (8 de fevereiro).

¹¹ [GB.335/INS/2/3](#).

¹² Consultas para governos (25 de abril), trabalhadores (29 de abril), empregadores (29 de abril), grupos tripartidos (30 de abril).

II. Projeto de Declaração para a consideração da Conferência Internacional do Trabalho

Declaração do Centenário da OIT

A Conferência Internacional do Trabalho, reunida em Genebra na sua centésima oitava sessão por ocasião do Centenário da Organização Internacional do Trabalho (OIT),

Considerando que a experiência do último século confirmou que uma ação contínua e concertada dos governos e dos representantes dos empregadores e trabalhadores é essencial para a prossecução da justiça social e a promoção de uma paz universal duradoura;

Reconhecendo que, graças a essa ação, foram realizados progressos históricos na criação de condições de trabalho verdadeiramente humanas, mas que a persistência da pobreza, das desigualdades e das injustiças, bem como a fragilidade e os conflitos em muitas partes do mundo, colocam em risco esses progressos e que continuam a existir desafios que exigem uma resposta urgente para assegurar uma prosperidade comum e trabalho digno para todas as pessoas;

Recordando e reafirmando os objetivos, finalidades e princípios estabelecidos na Constituição da OIT e na Declaração de Filadélfia (1944);

Sublinhando a importância da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998) e da Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma Globalização Justa (2008);

Inspirada pelos sentimentos de justiça social que presidiram à criação da OIT há cem anos e pela convicção de que está ao alcance dos governos, trabalhadores e empregadores de todo o mundo construir um futuro do trabalho que concretize a visão fundadora da Organização; e

Instando todos os constituintes da OIT a renovarem o contrato social para a justiça social e a paz universal duradoura que está no cerne do compromisso por eles assumido em 1919,

Adota, aos ... dias do mês de junho do ano dois mil e dezanove, a presente Declaração do Centenário.

I

A Conferência declara que:

- A. A OIT celebra o seu centenário num momento em que o mundo do trabalho atravessa mudanças profundas, impulsionadas por inovações tecnológicas, oscilações demográficas, alterações climáticas e globalização, que colocam em questão a própria natureza e o futuro do trabalho, bem como o lugar que as pessoas ocupam nesse mundo e a sua própria dignidade.

- B. É imperativo agir com urgência para aproveitar todas as oportunidades para construir um futuro do trabalho mais justo, inclusivo e mais seguro, com pleno emprego e trabalho digno para todos.
- C. Esse futuro do trabalho é uma condição prévia de um desenvolvimento sustentável que põe fim à pobreza e não deixa ninguém para trás.
- D. A OIT deve transpor para o seu segundo século de existência, com uma determinação inabalável, o seu longo mandato ao serviço da justiça social, fazendo dos direitos, necessidades e aspirações das pessoas os objetivos principais das políticas económicas, sociais e ambientais - **a abordagem ao futuro do trabalho centrada no ser humano**.
- E. A evolução da Organização ao longo dos últimos 100 anos no sentido de uma adesão universal significa que o contributo pleno dos mandantes da OIT para este esforço só poderá ser assegurado se estes participarem de forma plena, igualitária e democrática na sua governação.

II

A Conferência declara que:

- A. No cumprimento das suas responsabilidades constitucionais e na adoção de uma abordagem ao futuro do trabalho centrada no ser humano, a OIT deve direcionar os seus esforços no sentido de:
 - (i) assegurar uma transição justa para um futuro do trabalho ambientalmente sustentável;
 - (ii) explorar todo o potencial do progresso tecnológico para garantir o bem-estar material, a realização pessoal e a dignidade de todos os seres humanos, zelando por que os seus benefícios sejam equitativamente partilhados entre todos;
 - (iii) promover a aquisição de competências para todos os trabalhadores em todas as fases da sua vida profissional, a fim de colmatar as lacunas de competências existentes e previstas, dedicando especial atenção à harmonização dos sistemas de ensino e formação com as necessidades do mercado de trabalho;
 - (iv) formular políticas eficazes para gerar oportunidades de trabalho digno para os jovens e facilitar a transição da escola para o mundo do trabalho;
 - (v) levar a bom termo a luta inacabada pela igualdade de género no trabalho através de uma agenda transformadora, que concretize a igualdade de participação e a igualdade de remuneração entre mulheres e homens por trabalho de igual valor;
 - (vi) concretizar a igualdade no mundo do trabalho para pessoas com deficiência;
 - (vii) promover um ambiente favorável ao empreendedorismo, à inovação e às empresas sustentáveis, incluindo as empresas sociais e as micro, pequenas e médias empresas, por forma a gerar trabalho digno, eficiência produtiva e melhores condições de vida;
 - (viii) assegurar que a crescente diversificação dos regimes de produção e das modalidades de trabalho, bem como dos modelos de negócios, favoreça o progresso social e económico e a promoção do trabalho digno;
 - (ix) alcançar a redução e, futuramente, a eliminação da informalidade;
 - (x) promover sistemas de governação da migração laboral e a mobilidade que

respeitem integralmente os direitos dos trabalhadores migrantes e beneficiem os países de origem, trânsito e destino; e

- (xi) intensificar a colaboração no âmbito do sistema multilateral, em consonância com o facto de este ter reconhecido que o trabalho digno é fundamental para o desenvolvimento sustentável e para a erradicação da pobreza, e tendo em conta que, em contexto de globalização, a não adoção de condições de trabalho humanas por qualquer país é, mais do que nunca, um obstáculo ao progresso em todos os outros países.
- B. A cooperação tripartida por via do diálogo social entre governos e organizações de empregadores e trabalhadores constitui a base essencial de todas as ações da OIT e do sucesso das políticas e decisões adotadas nos seus países membros.
 - C. A segurança e saúde no trabalho é um princípio e direito fundamental no trabalho, além dos enunciados na Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998).

III

A Conferência apela a todos os Estados-membros para trabalharem individualmente e coletivamente, numa base tripartida, a fim de promoverem a abordagem ao futuro do trabalho centrada no ser humano, adotando medidas no sentido de:

- A. Reforçar as capacidades de todas as pessoas para aproveitar as oportunidades de um mundo do trabalho em mudança mediante:
 - (i) a concretização da aprendizagem ao longo da vida e de uma educação de qualidade para todos;
 - (ii) uma proteção social universal, abrangente e sustentável; e
 - (iii) medidas ativas para as apoiar durante as transições, cada vez mais numerosas, que irão enfrentar na sua vida profissional.
- B. Reforçar as instituições do trabalho para garantir a proteção adequada de todos os trabalhadores num contexto caracterizado por formas de trabalho novas e emergentes. Independentemente da sua situação profissional ou vínculo contratual, todos os trabalhadores devem ter como garantia:
 - (i) o respeito pelos seus direitos fundamentais;
 - (ii) um salário que assegure condições de vida adequadas;
 - (iii) limites à duração máxima do trabalho;
 - (iv) a segurança e saúde no trabalho;
 - (v) a proteção da privacidade e dos dados pessoais; e
 - (vi) oportunidades para conciliar melhor a vida pessoal e profissional graças a um maior controlo sobre o seu tempo de trabalho, em condições que respeitem as necessidades da empresa e promovam uma eficiência produtiva e benefícios comuns.
- C. Promover o emprego produtivo e o trabalho digno através de:
 - (i) quadros macroeconómicos que tenham como objetivo central o trabalho digno para todas as pessoas;

- (ii) investimento em infraestruturas e setores estratégicos, incluindo a economia verde, a economia dos cuidados e a economia rural; e
- (iii) políticas e incentivos que promovam o crescimento inclusivo através da criação de empresas e da formalização, e que alinhem as práticas comerciais com os objetivos desta abordagem.

IV

A Conferência declara que:

- A. A definição de normas internacionais do trabalho e a fiscalização do seu cumprimento reveste-se de importância fundamental para todas as atividades da OIT. Como tal, a Organização deve dispor de um corpo claro, sólido, atualizado e pertinente de normas internacionais do trabalho que proporcionem a proteção necessária para todas as formas de trabalho, que sejam ratificadas e aplicadas na lei e na prática, e que estejam sujeitas a uma fiscalização eficaz pelas autoridades competentes.
- B. Compete à OIT reforçar a capacidade dos seus constituintes tripartidos para participar em todos os processos relevantes, ao nível nacional e transnacional, e promover a representação coletiva no trabalho através de mecanismos fortes e influentes de diálogo social, com pleno respeito pela liberdade sindical e o direito à negociação coletiva, na convicção de que tal representação e diálogo contribuem para a coesão geral das sociedades e servem o interesse público.
- C. Os serviços que a OIT oferece aos seus Estados-membros e parceiros sociais, especialmente através da cooperação para o desenvolvimento, devem ser coerentes com o seu mandato e assentar numa compreensão profunda das suas diversas circunstâncias, necessidades e prioridades, nomeadamente através de uma cooperação Sul-Sul e triangular alargada.
- D. A OIT deve manter as suas capacidades e conhecimentos no domínio da estatística, da investigação e da gestão do conhecimento ao mais alto nível, a fim de maximizar a qualidade e a influência das suas atividades de sensibilização para adoção de políticas fundadas em dados concretos.
- E. A OIT deve assumir um papel de parceria e liderança no sistema multilateral, com base no seu mandato constitucional, reforçando a cooperação e estabelecendo acordos institucionais com outras organizações, reconhecendo as ligações fortes, complexas e cruciais que existem entre as políticas comerciais, financeiras, económicas, sociais e ambientais, que promovem a coerência entre estes domínios de intervenção tendo em vista a abordagem ao futuro do trabalho centrada no ser humano.

V

A Conferência convida o Conselho de Administração a examinar periodicamente os progressos alcançados na implementação da presente Declaração do Centenário da OIT.

APÓS DEZ ANOS DE DISCUSSÕES, A CONVENÇÃO 190 É APROVADA NA 108ª CONFERÊNCIA DA OIT

Publicada em: 24/06/2019



A Convenção trata de assédio moral e sexual no mundo do trabalho e venceu resistências de empregadores ao longo de dez anos de discussões, para ser aprovada no centenário da OIT

Por Andrea Bochi

Edição: Nilza Murari

No encerramento de sua 108ª Conferência, na última sexta-feira, 21 de junho, a Organização Internacional do Trabalho – OIT aprovou uma convenção contra a violência e o assédio nos locais de trabalho, que terá o número 190. É a primeira Convenção aprovada depois da Convenção dos Empregados Domésticos, em 2011. Além da Convenção, foram aprovadas uma Recomendação e uma Resolução sobre o mesmo tema.

Foram 439 votos a favor e sete contra – Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Malásia (dois dos três representantes), República Dominicana e Singapura –, com 30 abstenções, incluindo de um representante empresarial brasileiro, o presidente da Federação Brasileira dos Bancos – Febraban.

São 187 Estados representados na agência das Nações Unidas para o trabalho. A nova convenção entrará em vigor 12 meses após ser ratificada por dois Estados-membros. Também foi aprovada uma recomendação específica. Aqueles países que levarem o processo adiante deverão adotar políticas de sensibilização e uma legislação específica, com o objetivo de “proibir” a violência e o assédio no mundo do trabalho e estabelecer mecanismos de controle e sanções.

A legislação também deve garantir que todo trabalhador tenha o direito de se retirar de uma situ-

ação que representa “um perigo iminente e grave para sua vida, sua saúde, ou sua segurança, em razão da violência e do assédio, sem sofrer represálias”.

A Convenção aborda a violência e o assédio relacionado ao trabalho, incluindo eventos ocorridos nos espaços públicos e privados, durante o trajeto de casa para o trabalho e em comunicações eletrônicas, como e-mails ou mensagens pelo celular. Desde o lançamento do movimento #Me Too, uma Convenção com este teor é esperada.

O texto reconhece que a violência e o assédio “atingem mulheres e jovens de maneira desproporcional”, mas afirma que “outras pessoas pertencentes a um, ou vários grupos vulneráveis” também são atingidas, sem especificar quais sejam.

De acordo com o Diretor Geral da OIT, Guy Ryder, “Os novos padrões reconhecem o direito de todos a um mundo de trabalho livre de violência e assédio”.

Representantes da classe trabalhadora brasileira lamentaram não ter sido tratado no texto questões de sexismo, racismo e discriminação. Além disso, avaliam como difícil a luta pela ratificação da Convenção no atual governo.

Como VOTOU o Brasil na 108ª CIT/OIT sobre os compromissos de combate a violência e ao assédio no trabalho:

1. Convenção: “Abstenção”
2. Recomendação: “Abstenção”
3. Resolução: “A favor”

O que é o movimento #Me Too

O movimento nasceu em 2017, na esteira da queda do ex-produtor de cinema americano Harvey Weinstein, acusado de assédio e abuso sexual por mais de 80 mulheres. Entre elas, estão as atrizes Angelina Jolie e Ashley Judd.

Diferença entre Convenção e Recomendação

Existe uma sensível diferença entre Convenções e Recomendações da OIT. Convenções são regras gerais estabelecidas pela Assembleia Geral da OIT, que possuem caráter obrigatório para os Estados que resolverem recepcioná-las em seus ordenamentos jurídicos, assumindo como no caso do Brasil força de Lei Federal. A Recomendação é, na verdade, um protótipo de Convenção que não obtém aprovação em número de votos suficientes para alcançar a qualidade de Convenção. Tem força apenas de sugestão, não cria qualquer direito ou obrigação, trata-se de norma facultativa. (Fonte: Direito&Justiça).

C190 - Convenção sobre violência e assédio no trabalho, 2019

Preâmbulo

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 10 de junio de 2019, en su centésima octava reunión (reunión del centenario);

Recordando que la Declaración de Filadelfia afirma que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades;

Reafirmando la pertinencia de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo;

Recordando otros instrumentos internacionales pertinentes, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad;

Reconociendo el derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, incluidos la violencia y el acoso por razón de género;

Reconociendo que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo pueden constituir una violación o un abuso de los derechos humanos, y que la violencia y el acoso son una amenaza para la igualdad de oportunidades, y son inaceptables e incompatibles con el trabajo decente;

Reconociendo la importancia de una cultura del trabajo basada en el respeto mutuo y la dignidad del ser humano para prevenir la violencia y el acoso;

Recordando que los Miembros tienen la importante responsabilidad de promover un entorno general de tolerancia cero frente a la violencia y el acoso con el fin de facilitar la prevención de este tipo de comportamientos y prácticas, y que todos los actores del mundo del trabajo deben abstenerse de recurrir a la violencia y el acoso, prevenirlos y combatirlos;

Reconociendo que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo afectan a la salud psicológica, física

y sexual de las personas, a su dignidad, y a su entorno familiar y social;

Reconociendo que la violencia y el acoso también afectan a la calidad de los servicios públicos y privados, y que pueden impedir que las personas, en particular las mujeres, accedan al mercado de trabajo, permanezcan en él o progresen profesionalmente;

Considerando que la violencia y el acoso son incompatibles con la promoción de empresas sostenibles y afectan negativamente a la organización del trabajo, las relaciones en el lugar de trabajo, el compromiso de los trabajadores, la reputación de las empresas y la productividad;

Reconociendo que la violencia y el acoso por razón de género afectan de manera desproporcionada a las mujeres y las niñas, y reconociendo también que la adopción de un enfoque inclusivo e integrado que tenga en cuenta las consideraciones de género y aborde las causas subyacentes y los factores de riesgo, entre ellos los estereotipos de género, las formas múltiples e interseccionales de discriminación y el abuso de las relaciones de poder por razón de género, es indispensable para acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo;

Considerando que la violencia doméstica puede afectar al empleo, la productividad así como la seguridad y salud, y que los gobiernos, las organizaciones de empleadores y de trabajadores y las instituciones del mercado de trabajo pueden contribuir, como parte de otras medidas, a reconocer, afrontar y abordar el impacto de la violencia doméstica;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, cuestión que constituye el quinto punto del orden del día de la reunión;

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional, adopta, con fecha veintiuno de junio de dos mil diecinueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019.

I. DEFINICIONES

Artículo 1

1. A efectos del presente Convenio:

a) la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género, y

b) la expresión «violencia y acoso por razón de género» designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados a) y b) del párrafo 1 del presente artículo, la violencia y el acoso pueden definirse en la legislación nacional como un concepto único o como conceptos separados.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 2

1. El presente Convenio protege a los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo, con inclusión de los trabajadores asalariados según se definen en la legislación y la práctica nacionales, así como a las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador.

2. Este Convenio se aplica a todos los sectores, público o privado, de la economía tanto formal como informal, en zonas urbanas o rurales.

Artículo 3

El presente Convenio se aplica a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo:

- a) en el lugar de trabajo, inclusive en los espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo;
- b) en los lugares donde se paga al trabajador, donde éste toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios;
- c) en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo;
- d) en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación;
- e) en el alojamiento proporcionado por el empleador, y
- f) en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo.

III. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Artículo 4

1. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá respetar, promover y asegurar el disfrute del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso.

2. Todo Miembro deberá adoptar, de conformidad con la legislación y la situación nacional y en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Este enfoque debería tener en cuenta la violencia y el acoso que impliquen a terceros, cuando proceda, y consiste, en particular en:

- a) prohibir legalmente la violencia y el acoso;
- b) velar por que las políticas pertinentes aborden la violencia y el acoso;
- c) adoptar una estrategia integral a fin de aplicar medidas para prevenir y combatir la violencia y el acoso;
- d) establecer mecanismos de control de la aplicación y de seguimiento o fortalecer los mecanismos existentes;
- e) velar por que las víctimas tengan acceso a vías de recurso y reparación y a medidas de apoyo;
- f) prever sanciones;
- g) desarrollar herramientas, orientaciones y actividades de educación y de formación, y actividades de sensibilización, en forma accesible, según proceda, y
- h) garantizar que existan medios de inspección e investigación efectivos de los casos de violencia y acoso, incluyendo a través de la inspección del trabajo o de otros organismos competentes.

3. Al adoptar y aplicar el enfoque mencionado en el párrafo 2 del presente artículo, todo Miembro deberá reconocer las funciones y atribuciones diferentes y complementarias de los gobiernos, y de los empleadores y de los trabajadores, así como de sus organizaciones respectivas, teniendo en cuenta la naturaleza y el alcance variables de sus responsabilidades respectivas.

Artículo 5

Con objeto de prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, todo Miembro deberá respetar, promover y llevar a efecto los principios y derechos fundamentales en el trabajo, a saber, la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, así como fomentar el trabajo decente y seguro.

Artículo 6

Todo Miembro deberá adoptar una legislación y políticas que garanticen el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el empleo y la ocupación, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores y otras personas pertenecientes a uno o a varios grupos vulnerables, o a grupos en situación de vulnerabilidad que están afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

IV. PROTECCIÓN Y PREVENCIÓN**Artículo 7**

Sin perjuicio del artículo 1 y en consonancia con sus disposiciones, todo Miembro deberá adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, con inclusión de la violencia y el acoso por razón de género.

Artículo 8

Todo Miembro deberá adoptar medidas apropiadas para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, en particular:

- a) reconocer la importante función de las autoridades públicas en el caso de los trabajadores de la economía informal;
- b) identificar, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores concernidas y por otros medios, los sectores u ocupaciones y las modalidades de trabajo en los que los trabajadores y otras personas concernidas están más expuestos a la violencia y el acoso, y
- c) adoptar medidas para proteger de manera eficaz a dichas personas.

Artículo 9

Todo Miembro deberá adoptar una legislación que exija a los empleadores tomar medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluidos la violencia y el acoso por razón de género, en particular, en la medida en que sea razonable y factible:

- a) adoptar y aplicar, en consulta con los trabajadores y sus representantes, una política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso;

- b) tener en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo;
- c) identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso, con participación de los trabajadores y sus representantes, y adoptar medidas para prevenir y controlar dichos peligros y riesgos, y
- d) proporcionar a los trabajadores y otras personas concernidas, en forma accesible, según proceda, información y capacitación acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados, y sobre las medidas de prevención y protección correspondientes, inclusive sobre los derechos y responsabilidades de los trabajadores y otras personas concernidas en relación con la aplicación de la política mencionada en el apartado a) del presente artículo.

V. CONTROL DE LA APLICACIÓN Y VÍAS DE RECURSO Y REPARACIÓN

Artículo 10

Todo Miembro deberá adoptar medidas apropiadas para:

- a) hacer un seguimiento y controlar la aplicación de la legislación nacional relativa a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo;
- b) garantizar un fácil acceso a vías de recurso y reparación apropiadas y eficaces y a mecanismos y procedimientos de notificación y de solución de conflictos en los casos de violencia y acoso en el mundo del trabajo, que sean seguros, equitativos y eficaces, tales como:
 - i) procedimientos de presentación de quejas e investigación y, si procede, mecanismos de solución de conflictos en el lugar de trabajo;
 - ii) mecanismos de solución de conflictos externos al lugar de trabajo;
 - iii) juzgados o tribunales;
 - iv) medidas de protección de los querellantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias, y
 - v) medidas de asistencia jurídica, social, médica y administrativa para los querellantes y las víctimas;
- c) proteger la privacidad de las personas implicadas, así como la confidencialidad, en la medida de lo posible y según proceda, y velar por que estos requisitos no se utilicen de manera indebida;
- d) prever sanciones, cuando proceda, para los casos de violencia y acoso en el mundo del trabajo;
- e) prever que las víctimas de violencia y acoso por razón de género en el mundo del trabajo tengan acceso efectivo a mecanismos de presentación de quejas y de solución de conflictos, asistencia, servicios y vías de recurso y reparación que tengan en cuenta las consideraciones de género y que sean seguros y eficaces;
- f) reconocer los efectos de la violencia doméstica y, en la medida en que sea razonable y factible, mitigar su impacto en el mundo del trabajo;

g) garantizar que todo trabajador tenga el derecho de alejarse de una situación de trabajo sin sufrir represalias u otras consecuencias indebidas si tiene motivos razonables para considerar que ésta presenta un peligro grave e inminente para su vida, su salud o su seguridad a consecuencia de actos de violencia y acoso, así como el deber de informar de esta situación a la dirección, y

h) velar por que la inspección del trabajo y otras autoridades pertinentes, cuando proceda, estén facultadas para actuar en caso de violencia y acoso en el mundo del trabajo, incluyendo el dictado de órdenes que requieran la adopción de medidas de aplicación inmediata, o que impongan la interrupción de la actividad laboral en caso de peligro inminente para la vida, la salud o la seguridad de los trabajadores, a reserva de cualquier recurso judicial o administrativo que pueda prescribir la legislación.

VI. ORIENTACIÓN, FORMACIÓN Y SENSIBILIZACIÓN

Artículo 11

Todo Miembro, en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, deberá esforzarse por garantizar que:

a) la violencia y el acoso en el mundo del trabajo se aborden en las políticas nacionales pertinentes, como las relativas a la seguridad y salud en el trabajo, la igualdad y la no discriminación, y la migración;

b) se proporcionen orientaciones, recursos, formación u otras herramientas sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluyendo la violencia y el acoso por razón de género, a los empleadores y a los trabajadores y a sus organizaciones respectivas, así como a las autoridades competentes, en forma accesible, según proceda, y

c) se emprendan iniciativas al respecto, con inclusión de campañas de sensibilización.

VII. MÉTODOS DE APLICACIÓN

Artículo 12

Las disposiciones de este Convenio deberán aplicarse por medio de la legislación nacional, así como a través de convenios colectivos o de otras medidas acordes con la práctica nacional, incluidas aquellas que amplían o adaptan medidas de seguridad y salud en el trabajo existentes para que abarquen la violencia y el acoso y aquellas que elaboran medidas específicas cuando sea necesario.

VIII. DISPOSICIONES FINALES

Artículo 13

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 14

1. El presente Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

2. El Convenio entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.

3. Desde dicho momento, el presente Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha de registro de su ratificación.

Artículo 15

1. Todo Miembro que haya ratificado el presente Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, contado a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo Miembro que haya ratificado el presente Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no invoque el derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años y, en lo sucesivo, podrá denunciar este Convenio durante el primer año de cada nuevo período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo 16

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de todas las ratificaciones y denuncias que le comuniquen los Miembros de la Organización.

2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General señalará a la atención de los Miembros de la Organización la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 17

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, para su registro de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones y denuncias que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 18

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia General una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de inscribir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 19

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión del presente Convenio, y a menos que en el nuevo convenio se disponga otra cosa:

a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata del presente Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 15, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor, y

b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. El presente Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 20

Las versiones inglesa y francesa del texto del presente Convenio son igualmente auténticas.



Cargador de Flores (1935)



Diego Rivera (1886-1957) é um nome incontornável na história da arte moderna universal e, sobretudo, da cultura mexicana. Dono de um espírito revolucionário, Rivera buscou apresentar suas criações para o público de maneira singular, propondo uma arte vanguardista de grande expressividade. Seus ideais comunistas e a forte ligação ao legado de seu povo levaram-no a ressuscitar o movimento muralista, contrariando uma forma de pintura mais burguesa, destinada a uma elite. Em 1935, Diego Rivera criou *Cargador de Flores* (momento em que ainda se encontrava em seu conturbado casamento com a artista Frida Kahlo e logo após Lázaro Cárdenas ter sido eleito presidente do México e iniciado um programa social voltado para os camponeses.). Como muitas de suas pinturas, esta transmite simplicidade, porém exala grande simbolismo e significado. Este quadro de Rivera mostra um camponês de joelhos carregando um enorme cesto de flores amarrado às costas. Uma mulher o ajuda a apoiar a cesta, enquanto ele faz esforço para erguer-se. As flores são incrivelmente belas para o espectador, mas o homem não vê sua beleza, apenas seu valor; ele se dirige ao mercado para vendê-las. A cesta é deliberadamente superdimensionada a fim de sublinhar a mensagem da pintura, ou seja, é mais o que o espectador não vê: o peso opressivo do capitalismo e que, embora ainda se encontre de joelhos, o homem está disposto a se levantar. A pintura integra o acervo da Coleção *Albert M. Bender*, no SF MOMA (*San Francisco Museum of Modern Art*).



NORMAS PARA PUBLICAÇÃO – REVISTA ELETRÔNICA

Prezados autores,

A Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Revista Científica de periodicidade mensal é divulgada exclusivamente por meio eletrônico a partir do site www.trt9.jus.br. Adota temática singular a cada edição e se destina a publicar artigos acórdãos, sentenças, condensa entendimentos jurisprudenciais sumulados ou organizados em orientações, resenhas, convida para publicação observadas as seguintes normas.



1. Os artigos ou decisões devem ser encaminhados à análise do Conselho Editorial, para o e-mail revistaeletronica@trt9.jus.br
2. Os artigos serão técnico-científicos, focados na área temática de cada edição específica, sendo divulgada a sequência dos temas eleitos pela Escola Judicial do TRT-9ª Região, mediante consulta;
3. Os artigos encaminhados à Revista Eletrônica devem estar digitados na versão do aplicativo Word, fonte Arial, corpo 12, espaçamento entrelinhas 1,5, modelo justificado, com títulos e subtítulos em maiúsculas alinhados à esquerda, em negrito. A primeira lauda conterá o título do artigo, nome, titulação completa do autor, referência acerca da publicação original ou sobre seu ineditismo e uma foto;
4. Os artigos encaminhados à publicação deverão ter de preferência entre 8 e 10 laudas, incluídas as referências bibliográficas. Os artigos conterão citações bibliográficas numeradas, notas de rodapé ordenadas e referências bibliográficas observarão normas vigentes da ABNT, reservando-se o Conselho Editorial da Revista Eletrônica o direito de adaptar eventuais inconsistências, além de estar autorizado a proceder revisões ortográficas, se existentes;
5. A publicação dos artigos não implicará remuneração a seus autores, que ao submeterem o texto à análise autorizam sua eventual publicação, sendo obrigação do Conselho Editorial informá-los assim que divulgada a Revista Eletrônica;
6. O envio de artigos ou decisões não pressupõe automática publicação, sendo sua efetiva adequação ao conteúdo temático de cada edição da Revista Eletrônica pertencente ao juízo crítico-científico do Conselho Editorial, orientado pelo Desembargador que organiza as pesquisas voltadas à publicação.
7. Dúvidas a respeito das normas para publicação serão dirimidas por e-mails encaminhados à revistaeletronica@trt9.jus.br

Respeitosamente.

CONSELHO EDITORIAL



TRTPR

ESCOLA JUDICIAL