

## **Coordenadores**

Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante

Luiz Eduardo Gunther

Marco Antônio César Villatore

Nelson Mannrich

# **35 ANOS DA CREFB**

a Constituição da República Federativa do Brasil, os direitos sociais e econômicos e o desenvolvimento sustentável

## **AUTORES PARTICIPANTES**

Alessandra Barichello Boskovic - Ana Carolina Zaina - Ana Maria Maximiliano - Ana Paula Sefrin Saladini - André Jobim de Azevedo - Claudine Aparecido Terra - Denise Fincato - Diego Sena Bello - Fabiane Ibrahim - Gilberto Stürmer - Ildete Regina Vale da Silva - Jair Aparecido Cardoso - Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante - Lourival Barão Marques Filho - Luiz Alberto Pereira Ribeiro - Luiz Eduardo Gunther - Marco Antônio César Villatore - Marco Aurélio Serau Jr. - Marcus de Oliveira Kaufmann - Maria Lúcia Menezes Gadotti - Mariana Cesto - Mateus Vinicius Kaiser - Nádia Regina de Carvalho Mikos - Nelson Mannrich - Paula Jaeger da Silva - Rafael Henrique Mendes dos Reis - Raquel Cristina Silva das Neves - Raquel Hochmann de Freitas - Reinaldo de Francisco Fernandes - Rene Sampar - Simone Cruxên Gonçalves - Thereza Cristina Nahas - Vitor Kaiser Jahn - Waleska Cariola Viana - Wilson Seraine da Silva Neto

**Instituto Memória**



**CENTRO DE ESTUDOS DA CONTEMPORANEIDADE**

**Editora & Projetos Culturais**

**[www.institutomemoria.com.br](http://www.institutomemoria.com.br)**

A presente obra foi aprovada pelo nosso Conselho Científico-Editorial respeitando as diretrizes da Qualis/CAPES, quais sejam, originalidade, relevância, pertinência, embasamento teórico, densidade científica, metodologia e desenvolvimento, inclusive o sistema “*double blind review*”, garantindo a isenção e imparcialidade do corpo de parecerista e a plena autonomia do Conselho Editorial, atestando a excelência da obra que apresentamos à sociedade.

**CONSELHO EDITORIAL: [www.institutomemoria.com.br](http://www.institutomemoria.com.br)**

ISBN 978-85-5523-538-2



9 788555 235382 >

CAVALCANTE, J. Q. P.

GUNTHER, L. E.

VILLATORE, M. A. C.

MANNRICH, N.

35 ANOS DA CRFB: a Constituição da República Federativa do Brasil, os direitos sociais e econômicos e o desenvolvimento sustentável. Coordenação: Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, Luiz Eduardo Gunther, Marco Antônio César Villatore, Nelson Mannrich. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2023. E-BOOK.

189 p.

1. Constituição Federativa do Brasil. 2. Direitos Sociais e Econômicos  
3. Desenvolvimento Sustentável I. Título.

CDD: 340

# Apresentação

A Constituição da República Federativa do Brasil que foi fruto do processo constituinte brasileiro mais democrático já visto, festeja seus 35 anos de promulgação em 05 de outubro de 2023.

O presente livro coletivo se propõe a analisar estas três décadas e meia de um documento com finalidade de organizar juridicamente o Estado brasileiro, com uma série de garantias e de direitos fundamentais.

Com esta premissa, sob coordenação dos infra nominados, os coautores, eternos estudantes, mestres, doutores, professores, elaboraram estudos por demais significativos, para refletirmos a fase que nos encontramos, mas sempre preocupados com o respeito a este importante documento legislativo, saudado por muitos como Constituição Cidadã.

O primeiro trabalho é de Jair Aparecido Cardoso, com o título enigmático “O direito social ao trabalho decente frente ao desenvolvimento social e econômico: do namoro ao divórcio entre o jurídico e o social”, aborda reflexão crítica dos desenvolvimento social sustentável junto com a evolução tecnológica absurda, em uma sociedade brasileira diversificada e plural.

A “Evolução constitucional e a justiça do trabalho: estrutura e desenvolvimento” é o estudo de Ana Carolina Zaina; Lourival Barão Marques Filho e Mariana Cesto, iniciando-se pela Constituição de 1946 até chegar na atual, com suas mais de cem emendas durante os 35 anos de promulgação. Analisam as modificações sociais para se chegar ao protagonismo e à capilarização atuais.

O terceiro trabalho, de Wilson Seraine da Silva Neto; Marco Antônio César Villatore; Rene Sampar, diz respeito ao “Constitucionalismo e liberdade: a perseguição da liberdade individual através da concretização dos direitos sociais sob o enfoque de uma dialética Seniana e Canotilhiana”, sendo que aquele propunha uma nova maneira de atingir o desenvolvimento de um país, com a ampliação de liberdades substantivas dos indivíduos e este, com base na Constituição portuguesa, para demonstrar que os direitos sociais devem resolver as desigualdades e buscar ambiente possível para cada indivíduo se desenvolver.

Thereza Cristina Nahas trata sobre “A crise da tutela dos direitos sociais no marco da legislação constitucional e infraconstitucional brasileira”, trazendo as relações entre o social e o capital, analisando a legislação nacional de forma completa.

O quinto estudo é sobre “JUSTIÇA SOCIAL: análise reflexiva acerca das políticas de desenvolvimento para a construção de sociedades mais justas e inclusivas pautadas na Constituição Federal de 1988” pelas coautoras Fabiane Ibrahim; Waleska Cariola Viana, abordando sobre o meio ambiente e os 17 objetivos para o desenvolvimento sustentável, além de 169 metas para serem alcançadas até 2030 junto à Organização das Nações Unidas.

A “Emenda Constitucional nº. 115/2022 e a proteção de dados pessoais no âmbito das relações trabalhistas” de coautoria de Nelson Mannrich; Alessandra Barichello Boskovic aborda a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD e a demonstração de necessidade de empregadores em acessar alguns dados de possíveis futuros empregados.

Os coautores Luiz Alberto Pereira Ribeiro; Claudine Aparecido Terra analisam “Aspectos relevantes dos direitos sociais, diante da liberdade econômica e do trabalho decente, à luz da Constituição de 1988” tendo “por objetivo analisar aspectos importantes dos direitos sociais, a partir do primado da dignidade do ser

humano, a partir da harmonização da liberdade econômica, sob o prisma do trabalho decente, apreciado sob a ótica dos normativos da Organização Internacional do Trabalho (OIT)”.

O oitavo artigo, sobre “O princípio da função social na ordem constitucional e a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a terceirização” é de coautoria de Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante; Maria Lúcia Menezes Gadotti, com análise da ideia original de propriedade, chegando ao reconhecimento de sua função social. Em um segundo plano, abordam a figura da terceirização e a constitucionalidade, refletindo a valorização do trabalho e da livre iniciativa, com objetivos encontrados também na agenda 2030 da ONU.

Ildete Regina Vale da Silva estuda a temática dos “35 anos da Constituição brasileira: o direito a S(s)er Fraternal”, abordando o princípio da fraternidade como base para conhecer, compreender e interpretar direitos e garantias individuais sob viés dos direitos sociais constitucionalmente reconhecidos.

O décimo trabalho é sobre “A previsão constitucional de igualdade de gênero: os desafios normativos à implementação da agenda ONU 2030”, por Ana Paula Sefrin Saladini; Raquel Cristina Silva das Neves, coautoras, que tendo por base esse supracitado documento internacional, analisam legislações de 2022 e de 2023 em busca de responsabilidade parentais e de igualdade salarial.

“Contributos da relação laboral ao meio ambiente natural: empregos verdes para um desenvolvimento sustentável” é o tema de André Jobim de Azevedo; Vitor Kaiser Jahn; Mateus Vinicius Kaiser, da mesma forma abordando o meio ambiente natural, investigando soluções para “implementação de empregos verdes, envolvendo (1) a produção de bens e serviços verdes; (2) a adoção de processos de produção mais ecológicos, utilizando energias renováveis e matérias-primas sustentáveis; (3) a gestão dos resíduos de forma mais eficiente; e, ainda (4) a ecologização dos locais de trabalho, com um papel significativo na redução das emissões de carbono”.

O décimo segundo estudo é de Simone Cruxên Gonçalves sobre “A hiperexposição digital do adolescente como fator de discriminação à vaga de emprego”, com a preocupação do Direito ao Esquecimento a esta parcela da população que acabam se expondo em redes sociais, podendo ter problemas futuros, inclusive na procura de emprego.

“Direitos sociais nos 35 anos da Constituição Federal de 1988: interlocuções entre Direito do Trabalho e Direito Previdenciário” é o tema abordado por Marco Aurélio Serau Jr. Adotando-se “a perspectiva de que os direitos sociais são direitos fundamentais e por isso dotados das características de interrelação e interdependência dos direitos humanos, colocada em vigor desde a Convenção de Viena, de 1993”.

“A aplicabilidade do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão em matérias de natureza trabalhista” é a análise realizada por Luiz Eduardo Gunther; Marco Antônio César Villatore, desde a assembleia constituinte até se chegar a exemplos trabalhistas como: “a) o direito social à proteção em face da automação, a ser regulamentado; b) a fixação do prazo de 24 meses, pelo STF, para que o Congresso Nacional edite lei criando o Funget – Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas; c) a necessidade de regulamentar o direito dos trabalhadores urbanos e rurais contra a despedida arbitrária ou sem justa causa”.

O décimo quinto artigo é sobre “A quantificação da indenização por dano extrapatrimonial: o assentamento da legislação laboral com a decisão do Supremo Tribunal Federal no voto conjunto das ADI 5.870, 6.050, 6.069 e 6.082”, de Nádia Regina de Carvalho Mikos; Rafael Henrique Mendes dos Reis, analisando o novo olhar do tribunal máximo brasileiro em tema tão importante e que era uma constante nas Reclamações Trabalhistas antes da Reforma Trabalhista de 2017.

“A arbitragem nos contratos individuais de trabalho do trabalhador ‘suficiente’” é a temática dos coautores Gilberto Stürmer; Diego Sena Bello; Paula Jaeger da Silva, tendo por objeto principal a análise desta figura de solução extrajudicial de solução de conflito, após a reforma trabalhista da Lei 13.467/2017, concluindo pela possibilidade de sua aplicação.

### 35 ANOS DA CRFB: os direitos sociais e econômicos e o desenvolvimento sustentável

Ana Maria Maximiliano estuda “O desenvolvimento em perspectiva para o fortalecimento dos sindicatos de trabalhadores”, tendo por base também a agenda 2030 da ONU, também identificando “na CRFB-1988 os aspectos desenvolvimentistas com atenção para o sindicalismo”.

O décimo oitavo trabalho, de Marcus de Oliveira Kaufmann, aborda o tema “Relações umbilicais entre o direito à informação, a boa-fé e a negociação coletiva” com “interseção entre o direito à informação, a boa-fé e a negociação coletiva, contextualizando a operacionalização do direito à informação como elemento fundamental para o sucesso do processo negocial, mormente no contexto jurisprudencial, pela via do Supremo Tribunal Federal, de incremento dos limites da negociação coletiva em um período pós-pandêmico”.

Como penúltimo estudo, sobre “Conciliação na solução de conflitos coletivos: conexões entre os direitos fundamentais de acesso ao judiciário e representação sindical”, Denise Fincato; Raquel Hochmann de Freitas, explica o papel sindical em conciliação, conforme previsão constitucional encontrada nos incisos III e VI de seu art. 8º. “O estudo conclui apontando a necessidade do resgate do papel conciliador do ente sindical, voltado a atender aos interesses legítimos de pacificação social e da própria entrega da solução mais adequada a cada conflito, eis que ainda detentor do papel de agente ativo de transformação social, atividade essencial que lhe foi constitucionalmente outorgada”.

O vigésimo e último estudo, de Reinaldo de Francisco Fernandes aborda “Direitos trabalhistas (in)disponíveis à luz do tema 1046 do STF”, fator importante para temas de relações coletivas de trabalho reanalisando o legislado e o negociado.

Esta obra coletiva que os leitores recebem presta inegável contribuição ao estudo do Direito Constitucional do Trabalho, e na sua evolução nestes 35 anos da promulgação da Constituição atual brasileira.

Setembro de 2023.

**Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante**

**Luiz Eduardo Gunther**

**Marco Antônio César Villatore**

**Nelson Mannrich**

# Sumário

**09 – O direito social ao trabalho decente frente ao desenvolvimento social e econômico: do namoro ao divórcio entre o jurídico e o social**

**Jair Aparecido Cardoso**

**16 – Evolução constitucional e a justiça do trabalho: estrutura e desenvolvimento**

**Ana Carolina Zaina**

**Lourival Barão Marques Filho**

**Mariana Cesto**

**26 – Constitucionalismo e liberdade: a persecução da liberdade individual através da concretização dos direitos sociais sob o enfoque de uma dialética Seniana e Canotilhiana**

**Wilson Seraine da Silva Neto**

**Marco Antônio César Villatore**

**Rene Sampar**

**35 – A crise da tutela dos direitos sociais no marco da legislação constitucional e infraconstitucional brasileira**

**Thereza Cristina Nahas**

**49 – JUSTIÇA SOCIAL: análise reflexiva acerca das políticas de desenvolvimento para a construção de sociedades mais justas e inclusivas pautadas na Constituição Federal de 1988**

**Fabiane Ibrahin**

**Waleska Cariola Viana**

**57 – A EC nº 115/2022 e a proteção de dados pessoais no âmbito das relações trabalhistas**

**Nelson Mannrich**

**Alessandra Barichello Boskovic**

**68 – Aspectos relevantes dos direitos sociais, diante da liberdade econômica e do trabalho decente, à luz da Constituição de 1988**

**Luiz Alberto Pereira Ribeiro**

**Claudine Aparecido Terra**

**76 – O princípio da função social na ordem constitucional e a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a terceirização**

**Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante**

**Maria Lúcia Menezes Gadotti**

**85 – 35 anos da Constituição brasileira: o direito a S(s)er Fraternal**

**Ildete Regina Vale da Silva**

**92 – A previsão constitucional de igualdade de gênero: os desafios normativos à implementação da agenda ONU 2030**

**Ana Paula Sefrin Saladini**

**Raquel Cristina Silva das Neves**

**101 – Contributos da relação laboral ao meio ambiente natural: empregos verdes para um desenvolvimento sustentável**

**André Jobim de Azevedo**

**Vitor Kaiser Jahn**

**Mateus Vinicius Kaiser**

**108 - A hiperexposição digital do adolescente como fator de discriminação à vaga de emprego**

**Simone Cruxên Gonçalves**

**120 – Direitos sociais nos 35 anos da Constituição Federal de 1988: interlocuções entre Direito do Trabalho e Direito Previdenciário**

**Marco Aurélio Serau Jr.**

**127 – A aplicabilidade do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão em matérias de natureza trabalhista**

**Luiz Eduardo Gunther**

**Marco Antônio César Villatore**

**136 - A quantificação da indenização por dano extrapatrimonial: o assentamento da legislação laboral com a decisão do Supremo Tribunal Federal no voto conjunto das ADI 5.870, 6.050, 6.069 E 6.082**

**Nádia Regina de Carvalho Mikos**

**Rafael Henrique Mendes dos Reis**

**145 – A arbitragem nos contratos individuais de trabalho do trabalhador “suficiente”**

**Gilberto Stürmer**

**Diego Sena Bello**

**Paula Jaeger da Silva**

35 ANOS DA CRFB: os direitos sociais e econômicos e o desenvolvimento sustentável

**156 – O desenvolvimento em perspectiva para o fortalecimento dos sindicatos de trabalhadores**

**Ana Maria Maximiliano**

**163 – Relações umbilicais entre o direito à informação, a boa-fé e a negociação coletiva**

**Marcus de Oliveira Kaufmann**

**171 – Conciliação na solução de conflitos coletivos: conexões entre os direitos fundamentais de acesso ao judiciário e representação sindical**

**Denise Fincato**

**Raquel Hochmann de Freitas**

**182 – Direitos trabalhistas (in)disponíveis à luz do tema 1046 do STF**

**Reinaldo de Francisco Fernandes**



## **O DIREITO SOCIAL AO TRABALHO DECENTE FRENTE AO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E ECONÔMICO: DO NAMORO AO DIVÓRCIO ENTRE O JURÍDICO E O SOCIAL**

### **THE SOCIAL RIGHT TO DECENT WORK IN FRONT OF SOCIAL AND ECONOMIC DEVELOPMENT: FROM DATING TO DIVORCE BETWEEN THE LEGAL AND THE SOCIAL**

**Jair Aparecido Cardoso<sup>1</sup>**

**RESUMO:** Este ensaio tem por objetivo refletir sobre os 35 (trinta e cinco) anos da Constituição Federal Brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988 – CF/88, aguçado pelo eixo temático da presente obra, e, portanto, com foco nos direitos sociais e econômicos, e no desenvolvimento social sustentável. Para tal desiderato, considerando a densidade do tema, optou-se por um recorte acadêmico epistemológico na seara do direito social ao trabalho, e por uma abordagem por meio do método histórico descritivo, sem prescindir da necessária reflexão crítica, por meio do método hipotético dedutivo, para uma análise detida no desenvolvimento social sustentável, frente a uma sociedade cultural plural, e um desenvolvimento tecnológico sem precedente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hermenêutica jurídica trabalhista. Direito dos trabalhos. Direito social ao trabalho. Constitucionalismo líquido. Sociedade do caos.

**ABSTRACT:** This essay aims to reflect on the 35 (thirty-five) years of the Brazilian Federal Constitution, enacted on October 5, 1988 - CF/88, sharpened by the thematic axis of the present work, and, therefore, focusing on social rights and economic, and sustainable social development. For this purpose, considering the density of the theme, an epistemological academic approach was chosen in the area of social labor law, and an approach through the historical descriptive method, without disregarding the necessary critical reflection, through the hypothetical deductive method, for a detailed analysis of sustainable social development, in the face of a plural cultural society, and unprecedented technological development.

**KEYWORDS:** Labor legal hermeneutics. Labor law. Social right to work. Liquid constitutionalism. Chaos society.

#### **INTRODUÇÃO**

No dia 05 de outubro<sup>2</sup> deste ano teremos a comemoração dos 35 anos da promulgação da Constituição Federal Brasileira - CF/88, e com certeza este fato foi um marco histórico, que a consagrou como constituição cidadã. Passados 35 anos de sua promulgação, muitas coisas existem para serem comemoradas, em especial a sua maturidade.

No início de sua promulgação, muitos institutos foram criados, direitos foram declarados, mas a sociedade ainda não estava preparada para ela, pois, embora ansiassem por uma democracia, pelo rompimento com o regime militar, dentre outras aspirações normais da época, com certeza muito havia ainda a ser caminhado.

---

1 Professor Associado, Presidente da Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo – FDRP/USP. Líder do Grupo de pesquisa: GEDTRAB/FDRP-USP. Coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho. Autor de livros e artigos na área.

2 Texto produzido em 2023, em comemoração aos 35 anos da promulgação da Constituição Federal.

Exemplo claro disso é o instituto da responsabilidade civil, sendo um dos institutos que consagrou o valor da dignidade humana, ao passar a prever a proteção dos direitos personalíssimos e a reparação do dano moral.

Nesse diapasão forçoso convir que até a promulgação da CF/88, o homem valia pelo que ele tinha, sua propriedade, seus bens materiais, pois somente estes eram legalmente protegidos, e esse direito encontrava guarida no direito civil, com o instituto da indenização, a princípio, com base no art. 159 do Código Civil, que atribuía a responsabilidade da indenização, a quem causasse dano a terceiro.<sup>3</sup>

Com a CF/88, podemos afirmar que o homem, sentido de gênero humano, passou a valer pelo que ele é, ser humano, e ter garantia da constitucional da sua dignidade e moralidade, e com isso passa a ser consagrado o instituto da compensação por dano moral.

Aqui cabe uma ressalva, na perspectiva da maturidade constitucional, ou da sociedade em relação a ela, pois o instituto da reparação civil foi um dos que mais evoluiu, uma vez que na época se falava em indenização do dano material e moral, o que modernamente, a doutrina e jurisprudência já o classifica como indenização por danos materiais e compensação pelos danos imateriais.

Portanto, o dano moral, que na época era gênero, hodiernamente é tratado pela doutrina e jurisprudência de escol como espécie do dano imaterial, o qual comporta outras espécies.

Forçoso destacar que neste aspecto houve um salto hermenêutico significativo, pois, sem alterar o texto constitucional, houve evolução doutrinária no seu tratamento, para se caminhar para uma classificação a partir da própria constituição, e abrir espaço para se falar contemporaneamente em danos materiais e imateriais. Note-se que essa evolução foi positiva, e sem alterar o texto constitucional. Como veremos seguidamente, a discriminação, que também encontra vedação constitucional, evoluiu de forma significativa na legislação, na doutrina e na jurisprudência, a exemplo de outros institutos, todavia, essas evoluções devem estar atreladas a um princípio maior que é o da tutela a dignidade humana, a qual veda todo e qualquer tipo de discriminação negativa. A discriminação positiva, portanto, visa tutelar a dignidade humana. Nesta reflexão procuraremos destacar os aspectos positivos e alertar para os perigos dos aspectos negativos, que podem ocorrer de diversas formas, e também sem alterar textos legais, mas que as vezes, de forma imperceptível, vem por meios de argumentos atrelados a pós-verdade.

É nesse caminhar evolutivo que a CF/88 deve ser concebida, porque rompeu a época com o regime militar, para fundar uma nova república, após décadas de repressão. Todavia, muitos valores consagrados foram mantidos, como a família, por exemplo, que à época, era formada pela união entre o homem e a mulher, cuja realidade foi alterada em maio de 2011, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), que de forma unânime, equiparou as relações entre pessoas do mesmo sexo a união estável, reconhecendo, assim, a união homoafetiva como um núcleo familiar, quando da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277<sup>4</sup> e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.<sup>5</sup>

A decisão recebeu importante respaldo em 14 de maio de 2013, quando o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução nº. 175/2013, reconhecendo a validade do casamento homoafetivo nos cartórios de registro civis em todo o Brasil.<sup>6</sup>

Estes são apenas alguns dos exemplos da CF/88, no contexto da evolução social. É evidente que a simples declaração de direito, de forma hermética, fechada, sem o olhar evolutivo, não passaria de uma mera declaração de papel. A efetivação destes direitos tem que acompanhar a própria evolução social, pois o “sustentável” não deve residir apenas no aspecto da sustentabilidade física, mas também cultural, dentre outros predicativos atinentes a proteção da dignidade humana.

Se por um lado tivemos um avanço com a nova constituição, ao romper com o regime anterior, e uma evolução social e cultural significativa depois dela, ainda remanescem institutos e direitos declarados que merecem maior atenção, pois, embora sejam de significância social, parece não terem recebido o mesmo tratamento. É o caso, por exemplo, do direito social ao trabalho, ou simplesmente, direito ao trabalho. Optamos, nesta reflexão, pela expressão direito social ao trabalho, em homenagem a dicção do artigo 6º da CF/88, e por entender que no direito social ao trabalho, esteja contido o próprio direito ao trabalho, mas também a sua proteção legal e social, pois o simples direito ao trabalho, no sentido da liberdade de trabalhar,

3 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

4 STF – ADI 4.277 – Rel. Min. Ayres Brito – DEJT 14/10/2021.

5 STF – ADI 4.277 – Rel. Min. Ayres Brito – DEJT 14/10/2021.

6 CNJ. **Resolução nº 175 de 14/05/2013**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 18 maio 2021.

mas sem garantias e benefícios sociais não se coaduna com o desejo do projeto jurídico constitucional que se busca edificar.

## 1. A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

Não raro ouvimos a referência a CF/88, como sendo a constituição cidadã. Autores de renomada conta assim se referem a ela, partindo do pressuposto que o conceito seja de domínio público e prosseguem em suas ilações sem se deter nesta afirmação, por outro lado alguns trazem as suas explicações, que embora guardem proximidades, não são uníssonas. O próprio site do Tribunal Superior Eleitoral - TSE, tribunal de cúpula eleitoral, e defendendo seus propósitos, define a constituição cidadã, como sendo aquela que *“apresenta cláusulas essenciais à manutenção e ao fortalecimento da democracia, como o pluralismo político, o voto direto e secreto, a garantia dos direitos políticos individuais, o princípio da anterioridade da lei eleitoral e as condições de elegibilidade do cidadão que concorre a determinado cargo eletivo”*.<sup>7</sup>

É obvio que este conceito, embora traga em seu amago os acertos dos elementos conceituais, são parciais, pois o conceito não se esgota nesta única perspectiva eleitoral. E a assertiva pode ser buscada em outras fontes do próprio governo, como se vê pela definição da Câmara dos Deputados<sup>8</sup>, na perspectiva mais abrangente, envolvendo a retomada do processo democrático iniciado em 1986, com a eleição democrática de deputados e senadores que iniciaram seus trabalhos em fevereiro de 1987, e abriram uma ampla participação popular, que culminou no texto final de forma democrática, e não ditatorial. *“A Constituinte teve intensa participação popular e resultou em um texto que abrigou demandas diversas e os consensos necessários para se construir a ordem e o progresso de nossa sociedade”*.

Com certeza outras fontes poderiam ser citadas, mas desnecessárias ao escopo aqui almejado, sendo certo que a ruptura de regime anterior, a participação popular incidente e a adoção de princípios elementares para a consecução da proteção da dignidade humana foi o grande passo para uma efetiva constituição cidadã. Todavia, para manter a sua essência se faz necessário a manutenção do desejo manifestado em seu amago no aspecto evolutivo, de forma a atualizá-la constantemente aos anseios popular, no sentido da civilidade esboçada na sua gênese. É nesse quadro que o projeto jurídico constitucional deve estar em constante mutação, para acompanhar o desejo social e os anseios populares.

A luta pelo direito, como pregado por Ihering, deve ser sempre constante, assim como o ideal democrático deve estar em constante evolução, e é a partir desta perspectiva que se abre espaço para uma nova hermenêutica jurídica na qual ganha relevo a força normativa dos princípios, somado aos demais princípios que devem orientar a interpretação constitucional. A hermenêutica jurídica deve buscar a essência do direito, e esta essência reside, como já defendia John Locke, no próprio direito de ter direito.

Não é outro o pensamento de Alexandre de Moraes, para quem *“somente por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento, se encontrará o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sociopolítico-econômica e almejando sua plena eficácia”*.<sup>9</sup> E, nessa linha constante de atualização do direito ao momento social e em consonância com o projeto jurídico, é que deve ser buscado o princípio maior de sua interpretação, que é a de *“buscar a harmonia do texto constitucional com as suas finalidades precípua, adequando-as à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos e liberdade públicas”*.<sup>10</sup>

Fácil de constatar a clareza dessas lições, pois embora a CF/88 tenha o seu marco histórico inegável, sua marca maior reside na perspectiva da sua atualização, a qual inaugura uma nova era a cada instante, e é crucial permitir a sua interpretação pela motivação ideológica do momento.

De outra forma não teríamos os avanços doutrinários e jurisprudenciais acima mencionados, e embora tivesse ultrapassado um regime militar conservador, estaríamos num regime democrática arcaico e desatualizado, no qual os direitos declarados não passariam de direitos de papel.

É nesta perspectiva que reside a essência de uma constituição cidadã.

7 TSE. **Constituição Cidadã, símbolo da democracia, comemora 34 anos**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Otubro/constituicao-cidada-simbolo-da-democracia-comemora-34-anos#:~:text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20brasileira%20ficou%20conhecida,eleitoral%20e%20as%20condi%C3%A7%C3%B5es%20de>. Acesso em: 12 fev. 2023.

8 Câmara dos Deputados. **O Brasil em construção: 30 anos da Constituição Cidadã**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/visiteacamara/cultura-na-camara/atividades-antiores/exposicoes-2018/o-brasil-em-construcao-30-anos-da-constituicao-cidada>. Acesso em: 12 mar. 2023.

9 MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 23<sup>o</sup>. ed. São Paulo: Atlas, p. 15.

10 MORAES, Alexandre. *Ob. cit.*, p. 16.

## 2. A DINÂMICA SOCIAL E A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL

Para melhor compreender a constituição na sua dinâmica social, temos que interpretá-la a partir de seus princípios, todavia, alinhados a outras realidades científicas, sociais, políticas e econômicas.

Nessa perspectiva a contribuição vem do sociólogo Zygmunt Bauman (1925-1917), que de suas diversas obras, uma merece destaque, ao tratar da modernidade líquida. Em apertada síntese, ele destaca nesta obra o aspecto da evolução social atual, dividindo a sociedade moderna em dois momentos distintos, uma que ele designou de sólida e outra de líquida.<sup>11</sup>

Na fase sólida ele identifica uma sociedade, que embora esteja na era moderna, provem de uma cultura conservadora, ordenada e previsível.

As organizações eram mais conservadoras e burocráticas, e por esta razão as mudanças eram ordenadas e previsíveis. Essa categoria de sociedade estável, traduzia um pouco do ideal iluminista<sup>12</sup>, do progresso e emancipação, e por isso o desenvolvimento econômico, político e social eram mais conservadores. Essa cultura era sentida na sociedade por meio da ocupação, religião, dentre outros registros sociais.

A transição para a modernidade líquida se deu por meio de uma transição global que passa a valorizar uma cultura mais flexível, o que marca a quebra com o ideal iluminista, e a sociedade passa a conviver não mais como uma sociedade linear, mas flexível, e por isso com mudanças sociais mais frequentes, acompanhadas de problemas novos que requerem novas formas de enfrentamento, e por isso exige uma ruptura com a lógica social do passado.

Essa mudança social, essa ruptura com uma sociedade conservadora, que ele designou de líquida, tem por essência a sua flexibilidade social, a qual é sentida em diversos aspectos, em especial na forma de composição familiar e na forma de produção social. Tal alteração também repercute diretamente na forma da execução do trabalho, que de uma cultura conservadora, estável, na qual a ocupação humana era sentida de forma duradoura em diversos segmentos, passa para uma cultura em que a própria população não valoriza mais a estabilidade no trabalho, e sim a presença cada vez maior de trabalhos temporários, também flexíveis.

A constatação de Bauman faz com que surjam outras teorias, as quais na verdade confirmam suas proposições, e contribuem para traduzir o momento social em que vivemos, como por exemplo as teorias do mundo VUCA<sup>13</sup> e BANI.<sup>14</sup>

Sem adentrar nos estudos destas teorias, imperioso registrar que elas marcam fases distintas, uma marcada pela volatilidade social, mudanças sociais flexíveis, e por serem mais céleres, trazem consigo incertezas e complexidades, situações novas e difíceis de serem assimiladas rapidamente, em especial pela população mais idosa que ainda traz em seu amago a cultura do misoneísmo, ou seja, a normal rejeição ao novo, ou uma maior dificuldade de se adaptar a ele, o que também se traduz numa ambiguidade social. E, por outro lado, a população mais jovem, a qual já vem assimilando uma cultura social mais volátil, e com isso desenvolvem valores culturais diferentes, mais fluídicos.

Todavia, ambas as populações, mais idosa ou mais jovem, encontram uma sociedade diferente, a qual é dominada por uma economia mundial, presenças de multinacionais, evolução industrial, científica e tecnológica, migrações diversas, cujas realidades não permitem ficarem presas a um passado, embora próximo, remoto.

Toda essa modernidade fluídica traz consigo excesso de informações, transformando a sociedade atual numa sociedade do caos, ou a era do caos, uma era de incertezas, ou BANI. O anacrônico Bani do inglês, brittle, anxious, nonlinear e incomprehensible, nos mostra outra realidade, uma realidade sentida mundialmente, realidade de uma sociedade caótica, que vive num mundo frágil, incerto, ansioso, não linear, no qual impera a diversidade.

O leitor deve estar se perguntado, mas o que tem tudo isso a ver com o eixo temático desta reflexão.

Na verdade, tudo isso tem íntima relação com a temática aqui perseguida, pois essa dinâmica social força a hermenêutica jurídica a se curvar a essas tendências, e esse caos deve repercutir nos pensamentos dos juriconsultos de escol, pois estes não devem estar despregados desta realidade, uma realidade fluídica e volátil.

11 BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro. Zahar, 2021.

12 Iluminismo: movimento cultural europeu do século XVII e XVIII buscava gerar mudanças políticas, econômicas e sociais na sociedade da época, tendo como base o uso da razão sobre a fé. Século das Luzes.

13 VUCA: Volatility, Uncertainty, Complexity e Ambiguity.

14 BANI: Brittle, Anxious, Nonlinear e Incomprehensible.

É nesse sentido que retornamos à lição de Alexandre de Moraes, as quais se coadunam com outros pensadores hodiernos, no sentido de dar uma dinâmica a interpretação jurídica, para que estas traduzam as características ideológicas do momento, almejando a paz social, e por esta razão, no mosaico social, adequar o projeto jurídico constitucional, buscando a sua máxima eficiência.

### 3. O DIREITO SOCIAL AO TRABALHO

A CF/88, consagra em seu artigo 6º, o trabalho como direito social.<sup>15</sup>

Diante da evolução hermenêutica destacada, emerge uma indagação crucial a respeito dessa declaração de direito, afinal, qual o alcance desta declaração?

A par da evolução doutrinária e jurisprudencial, outros aspectos também tiveram sua normal evolução, e é inegável que a agenda do capital também segue seus passos, e traz consigo argumentos de desenvolvimento na perspectiva econômica, valorizando outros aspectos que necessariamente não comungam com o social.

Surgem em razão disso discursos objetivando dar novo norte aos aspectos de proteção ao trabalho, estribados na própria realidade social.

Inegável que com o novo panorama econômico, a relação de trabalho ficou também mais flexível e fluida, ocorrendo um fenômeno social em que os próprios trabalhadores não valorizam tanto a permanência no trabalho a despeito da realidade de décadas próximas passadas.

A rotatividade da mão de obra tem sido mais frequente nas relações de emprego, a despeito do que ocorria em passado recente. E esta realidade encontra-se com outra realidade também importante e que merece relevo nesta reflexão, que é o sensível aumento da mão de obra no setor de serviços e o grande número de vagas de trabalho neste seguimento, alterando em demasia os índices de prestação de serviço à disposição do capital em épocas passadas.

Segundo dados recentes do IBGE, a proporção de trabalhadores informais registrou uma média de 40,1% em todo o país, em 2022, sendo: 58,6% - Região Norte; 55,9% - Região Nordeste; 33,9% - Região Sudeste; 39,1% - Região Centro-Oeste.<sup>16</sup>

Esta realidade nos revela outra, constatada pela mesma fonte, na qual a população ativa com carteira assinada soma 37,52%, ao passo que a população ativa na informalidade soma 38,95%.

Portanto, a população ativa que trabalha na informalidade, e sem carteira assinada, já ultrapassa a população ativa que trabalha de maneira formal, aliado a realidade já constatada, na qual mesmo assim a rotatividade é mais frequente.

Isso nos traz dois aspectos importantes para reflexão, um que está sendo enfrentado nesta reflexão, detido apenas no aspecto da proteção do direito social ao trabalho, ou seja, a liberdade de trabalho protegida, ou que deveria ser protegida legalmente, e a outra ao aspecto previdenciário, pois a população que se ativa na informalidade é significativa e é significativo também o fato de que essa população não tem a cultura de se precaver com relação a sua previdência social, o que culminará em futuro próximo numa população idosa, carente e sem proteção social previdenciária, tendo que depender do Estado, por meio da assistência social.

Essa realidade nos mostra, em outras palavras, que estamos diante, sem apelos políticos, da implantação de um socialismo natural, no qual em futuro próximo a população estará à mercê da caridade do Estado, o qual deverá suportar a miséria social, que já ocorre com a educação e saúde básica.

Estaremos, portanto, diante de um país pobre e carente, ou, como já venho pregando há tempos, estaremos diante de um país rico de pobreza.

E esta implantação da pobreza natural é por pura ação global do capital, o grande governante. A afirmação não tem apelo político, quer seja por ideologias de esquerda ou de direita, o financiamento da campanha do poder será sempre feita pelo capital que realmente governa os governantes, e esta realidade

---

15 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

16 Fonte: (IBGE, 2022)



não é local, pois é uma realidade também global, e flagrantemente estampada nas mídias locais ou internacionais.<sup>17</sup>

Evidente que esta força impulsiva que governa até mesmo os governantes, encontra como sendo sua única fonte de resistência o aspecto da manutenção dos direitos sociais, em todos os níveis. Conforme já alertado, nos deteremos aqui a proteção ao direito social ao trabalho.

É para enfrentar essa resistência social, que surgem os discursos da pós-verdade, nos quais, sem alterar os textos legais ou constitucionais, constroem discursos falaciosos, com o claro objetivo da manobra de massa, alterando, por meio de dados reais e objetivos, fatos irreais ou inverdades que convencem a massa social a acreditar ou temer o futuro e por esta razão serem manobra de massas frágeis, desalentadas, e de fácil manobra.

Criam-se discursos nos quais modelam a opinião pública e enfraquecem os fatos objetivos, por meios de alocações com apelos para as emoções e crenças pessoais, como já destacou Rubens Casara.<sup>18</sup>

Esses discursos levam a discursos produzidos pelo próprio governo, para atender interesses exclusivos do capital, tais como: mais trabalho, menos direito.

Como já defendemos, a Jovial CF/88, no auge dos seus 35 anos, deve ser recebida com todo carinho, ser compreendida no seu todo, e ser interpretada na sua essência, e não em partes, em especial na parte que mais lhe interessa.

Assim, se é certo que a livre iniciativa é fundamento da ordem econômica, o trabalho humano também o é, assim como o trabalho também é fundamento da ordem social, mas os dois valores não devem ser vistos separadamente, e sim dentro de um contexto maior que é a integralidade da sua fonte primeira, a sua gênese, e desta forma, a livre iniciativa não deve ser interpretada de forma despregada do valor social do trabalho, mas acima de tudo, entender que os dois valores visam assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.<sup>19</sup>

É nesta mesma perspectiva da interpretação global e harmônica do texto constitucional, sem interpretação que apelem para afastar a sua verdadeira essência, é que deve ser buscado a razoabilidade e proporcionalidade de seu desejo maior, que é a proteção social em harmonia com a livre iniciativa. Deve ser considerado ainda que o texto constitucional não se utiliza de desejos impuros e ou palavras vãs, tudo deve ter um verdadeiro sentido.

Assim, quando o artigo 7º da CF/88 diz que são direitos dos trabalhadores, está se pensando em todos os trabalhadores, sejam eles formais ou não, e quando em seu artigo 6º diz que o trabalho é um direito social, está se referindo a todo tipo de trabalho humano, pois jamais o legislador constituinte originário traria para o amago da constituição um texto discriminatório por excelência, excluindo o trabalho informal das garantias constitucionais.

É por esta razão que se defende que o trabalho formal ou informal deve ser protegido na mesma medida, mas para que essas falas não fiquem detidas ao mero discurso, é que se defende que os trabalhadores informais devem ter os mesmos direitos dos trabalhadores formais, pois o apelo de trazer os informais para proteção dos direitos dos trabalhadores formais, por meio das suas integrações ao direito do trabalho tradicional, nada mais é do que uma visão obtusa da defesa dos direitos constitucionais trabalhistas.

O que se precisa é levar os mesmos direitos até os informais, com exceção da burocracia da formalidade.

Tal visão não é utopia, pois tal qual já defendemos alhures, os trabalhadores avulsos também gozam destes mesmos direitos sem o necessário apelo do registro em carteira. Bastaria, em uma afirmação simples, criar mecanismos de levar tais direitos aos trabalhadores informais, com uma simples extensão desses mesmos direitos previstos na legislação de proteção aos trabalhadores avulsos, a todos os trabalhadores informais, por meio de organização de associações profissionais.

---

17 CNN Brasil. **O que uma terceira campanha eleitoral pode significar para Trump e sua fortuna.** Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/o-que-uma-terceira-corrida-pode-significar-para-trump-e-sua-fortuna-de-campanha/#:~:text=Como%20Trump%20est%C3%A1%20arrecadando%20fundos,comit%C3%AAs%20de%20a%C3%A7%C3%A3o%20pol%C3%ADtica%20tradicionais>. Acesso em: 14 abr. 2023.

18 CASARA, Rubens. **Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis.** Rio de Janeiro. Civilização Brasileira. 2018.

19 Art. 170 CF/88 – caput: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

Com certeza essa assertiva esbarra no argumento de que isso não é tão simples, mas com certeza, se não for a solução, será um começo.

E, este começo, deve ser incentivado por meio da valorização coletiva, e superar o discurso míope da necessidade da ratificação da convenção 87 da OIT, como se a única forma de efetivar a liberdade sindical dependesse disso, sem passar por uma reconfiguração estrutural sindical – reforma sindical, ou um redimensionamento cultural, para assegurar a efetividade de uma ação sindical efetiva, sem passar pela maturação de uma consciência social coletiva dos direitos de proteção a liberdade social ao trabalho.

Nesta senda, a questão celetista da opção por categoria profissional também precisa ser superada, o desgastado discurso do bloqueio da expansão dos direitos trabalhistas dos trabalhadores informais, em razão da opção por categoria profissional.

O artigo 511 da CLT<sup>20</sup>, em seu texto original já prevê a licitude da associação de trabalhadores autônomos, e lei 12.468/2011, em seu artigo 9º, nos dá o exemplo disso ao prever a possibilidade da formação de associação dos profissionais taxistas, com a possibilidade ainda de cobrança de taxa de contribuição de seus associados, argumento econômico palatável para quem faz da administração sindical uma profissão.<sup>21</sup>

É o mesmo caso da associação dos professores universitários, sendo comum, inclusive a formação de mais de uma associação na mesma localidade, dependendo do número de Instituto Educacionais Superiores – IESs, na localidade. Esses são exemplos da possibilidade, os quais podem ser observadas em qualquer seguimento profissional autônomo sem a necessidade da discussão da categoria profissional, elemento que parece esbarrar no avanço da discussão e interessa somente ao capital.

## CONCLUSÃO

Optamos por fechar estas reflexões com o item considerações finais, a partir da premissa de que o texto é inconclusivo, e encontrará, seguramente, diversas considerações que poderão com elas concordarem e acrescentarem múltiplos outros argumentos, ou refutá-las, por não concordarem com elas, mas o fato é que não estamos mais diante de uma sociedade linear, conservadora e previsível. Esta é uma realidade que deverá guiar os pensamentos de diversas ciências, em especial as sociais, as quais deverão observar a multiplicidade cultural, e assim evoluir em novos conceitos e valores, mas esta evolução deverá ter uma direção, um norte fundamental que é a proteção da dignidade humana. Qualquer evolução, sempre será uma evolução sem precedente, assim como foi a primeira revolução industrial, que causou os mesmos sentimentos das demais revoluções industriais, pois era algo novo e desconhecido, e isso causa realmente inquietação no espírito humano. As mesmas inseguranças e incertezas sentidas nas revoluções industriais anteriores, estamos experimentando agora, e seguramente o legislador constitucional originário não poderia ter uma visão holística do momento que estamos vivendo, razão pela qual cabe aos juristas hodiernos manter a gênese da constituição cidadã, e buscar em seu âmago a melhor interpretação que cause impactos positivos na proteção da dignidade da pessoa humana. Se é certo que o direito não pode engessar a economia, a economia não pode, da mesma forma, engessar o direito, e muito menos os profissionais na área jurídica deixar-se engessar pela visão conservadora e linear.

O Direito do Trabalho inaugurado numa fase pré-industrial, deve também evoluir, e para isso é emergente o socorro do Estado por meio de normas que acolham os anseios sociais, mas enquanto isso não ocorre, a exemplo dos institutos destacados, deve a doutrina e a jurisprudência buscar adequar o projeto jurídico à realidade social.

É, nessa senda que entendemos deva caminhar o direito social ao trabalho, para que dê força e argumentos de contribuição ao Direito do Trabalho, para inaugurar um outro campo do direito, o Direito dos Trabalhos, um direito que acolha não somente o empregado, mas todo trabalhador, subordinado ou não, e que faça chegar a eles os direitos garantidos pelo artigo 7º da CF/88. Somente assim estaremos dando efetividade ao direito social ao trabalho previsto no artigo 6º da CF/88.

---

20 Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

21 Lei 12.468/2011. Art. 9º. Os profissionais taxistas poderão constituir entidades nacionais, estaduais ou municipais que os representem, as quais poderão cobrar taxa de contribuição de seus associados.

## **EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL E A JUSTIÇA DO TRABALHO: ESTRUTURA E DESENVOLVIMENTO<sup>22</sup>**

### CONSTITUTIONAL EVOLUTION AND LABOR JUSTICE: STRUCTURE AND DEVELOPMENT

**Ana Carolina Zaina<sup>23</sup>**

**Lourival Barão Marques Filho<sup>24</sup>**

**Mariana Cesto<sup>25</sup>**

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é apresentar a evolução estrutural da Justiça do Trabalho com enfoque no desenho criado pelas Constituições brasileiras. Faz-se um recorte temporal marcado, no início, pela inserção da Justiça do Trabalho no Poder Judiciário pela Constituição de 1946 e, ao fim, na configuração dada pela Constituição de 1988 e suas emendas. Parte-se das hipóteses iniciais de que há um momento de incipiência e amadurecimento da Justiça do Trabalho que se inicia com sua inserção no sistema de justiça e um segundo momento de protagonismo marcado pela Constituição de 1988. O primeiro objetivo específico do artigo é, portanto, analisar as mudanças sociais que marcaram esse primeiro momento da Justiça do Trabalho e, o segundo, identificar os elementos que levaram à sua capilarização e protagonismo. A conclusão, alcançada com metodologia dedutiva, pesquisa bibliográfica e análise dos dados compilados pelo Tribunal Superior do Trabalho, Conselho Nacional de Justiça e Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, confirmou as hipóteses iniciais de pesquisa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça do Trabalho. Constituição de 1946. Constituição de 1988. Poder Judiciário; sistema de justiça.

**ABSTRACT:** This article aims to present the structural evolution of the Labor Justice, observing Brazilian Constitutions. The study has two time marks: it starts with the insertion of the Labor Justice in the Judiciary branch, in 1946; and it stops with the configuration given by the Constitution of 1988 and its amendments. The initial hypothesis is that Labor Justice has an incipient moment that starts in 1946 and a moment of protagonism derived from the 1988 Constitution. First, the work analyzes social changes that marked this previous moment. Then, the study identifies elements that led to its capillarity and protagonism. The conclusion, based on deductive methodology, bibliographical research, and data analysis, confirmed the initial hypothesis.

**KEYWORDS:** Labor Justice. 1946 Constitution. 1988 Constitution. Judiciary branch. Justice system.

---

<sup>22</sup> As ideias centrais deste tema foram elaboradas originalmente em BARÃO MARQUES FILHO, Lourival. **Litigantes em fuga: o ocaso da Justiça do Trabalho?** 1. ed. São Paulo: Dialética, 2022, p. 135-174. Neste capítulo, os argumentos receberam aportes das demais autoras e foram desenvolvidas novas perspectivas.

<sup>23</sup> Mestre em Direito pela UniCuritiba. Desembargadora Presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná no biênio 2022/2023. Desembargadora Presidente do Coleprecor (Colégio de Presidentes e Corregedores da Justiça do Trabalho) no biênio 2022/2023.

<sup>24</sup> Doutor e mestre em Direito pela PUC/PR. Realiza pós-doutorado na UFSC. Juiz do Trabalho, titular da 18ª Vara do Trabalho de Curitiba. Juiz Auxiliar da Presidência do TRT/PR no biênio 2022/2023. Editor-assistente da Revista Trabalho, Direito e Justiça.

<sup>25</sup> Doutoranda e mestre em Direito pela UFPR. Assessora de Desembargadora no TRT/PR.



## INTRODUÇÃO

A Justiça do Trabalho é um dos ramos do Poder Judiciário que sofreu mais mudanças estruturais no decorrer de sua existência. No princípio, sequer fazia parte do sistema de justiça propriamente dito, pois ostentava uma feição administrativa. Depois, foi inserida no Poder Judiciário e, no decorrer do tempo, passou de uma atuação pontual e limitada, a uma das mais relevantes e ramificadas estruturas do Judiciário com um constante aumento de demandas e reconhecimento de mais ampla competência.

O objetivo deste artigo é apresentar como essa evolução estrutural se deu com enfoque no desenho criado pelas Constituições para a Justiça do Trabalho.

Pretende-se explorar esse processo que iniciou com a sua inserção no Judiciário pela Constituição de 1946 e que, seguiu, com a Constituição de 1988 e suas emendas, a uma expansão e uma cada vez maior aproximação às características dos demais ramos.

Sendo um estudo de análise histórica, é necessário, de plano, fixar recortes claros. Quanto ao ponto de partida, não será explorado o período prévio à inserção da Justiça do Trabalho no Poder Judiciário pela Constituição de 1946, uma vez que o objetivo é, justamente, um estudo do seu desenvolvimento estrutural como elemento do sistema de justiça dado pelas constituições. Quanto ao ponto final da abordagem histórica, é preciso esclarecer que, por mais que as últimas mudanças estruturais que se apresentam na seara constitucional tenham levado à máxima extensão da Justiça do Trabalho na história brasileira, existe um movimento de desidratação, marcado especialmente pela reforma trabalhista (mas também por outros elementos coexistentes e não necessariamente concatenados).<sup>26</sup> Logo, esse movimento de perda de protagonismo pertence a um cenário com elementos muito mais dispersos – como a conjuntura social da quarta revolução industrial, a legislação infraconstitucional e o comportamento dos tribunais de cúpula – e que também escapa ao tema central do artigo.

Feito tal recorte e reconduzida a questão à centralidade da exploração da estrutura da Justiça do Trabalho a partir da Constituição de 1946, é possível estabelecer dois grandes momentos.<sup>27</sup>

O primeiro deles, objetivo específico do primeiro ponto deste trabalho, representa esse momento da incipiência à maturidade, marcado pela Constituição de 1946 e pela superveniência, sem alterações sensíveis dos diplomas de 1967 e 1969. Nesse tópico, exploram-se as mudanças da estrutura da Justiça do Trabalho frente às relevantes mudanças sociais, ocorridas especialmente a partir da década de 1960, com forte impacto da litigiosidade.

O segundo momento é representado pela capilarização estrutural e protagonismo da Justiça do Trabalho, marcado pelas inovações da Constituição de 1988 e suas emendas. O objetivo, neste ponto, é explorar a arquitetura jurídico trabalhista e os motivos pelos quais houve substancial incremento de ações e de unidades judiciais.

Para alcançar tais objetivos, adota-se a metodologia dedutiva, com pesquisa bibliográfica e análise dos dados compilados pelo Tribunal Superior do Trabalho, Conselho Nacional de Justiça e Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

### 1. DA INCIPIÊNCIA À MATURIDADE (CONSTITUIÇÕES DE 1946 E 1967/1969)

Este primeiro tópico do artigo dedica-se ao primeiro momento da Justiça do Trabalho como parte do sistema de justiça. Analisa-se como iniciou, numa atuação muito limitada, mas, como, com o tempo, foi ganhando força devido às mudanças sociais, ganhando uma maturidade estrutural.

Como mencionado na introdução, não se analisará o período mais embrionário da Justiça do Trabalho<sup>28</sup>, anterior a este ora abordado, nem as disposições das Constituições de 1934 e 1937. Esse

26 A abordagem do período prévio ao recorte, mas, especialmente, a análise crítica da perda de protagonismo da Justiça do Trabalho são tema do trabalho desenvolvido em BARÃO MARQUES FILHO, Lourival. **Litigantes em fuga**: o ocaso da Justiça do Trabalho? 1. ed. São Paulo: Dialética, 2022, p. 135-174. Neste capítulo, os argumentos receberam aportes das demais autoras e foram desenvolvidas novas perspectivas.

27 A divisão aqui proposta refere-se exclusivamente ao desenvolvimento da Justiça do Trabalho e não ao direito material do trabalho. Evidentemente, existem algumas coincidências temporais e correlações, mas não há identidade. Sobre as fases do direito do trabalho no Brasil, confira: RAMOS FILHO, Wilson. **Direito capitalista do trabalho**: história, mitos e perspectivas no Brasil. São Paulo: LTr, 2012, p. 184-185. Do mesmo autor confira: RAMOS FILHO, Wilson. Conciliação como obsessão no capitalismo descomplexado. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (org.). **Conciliação**: um caminho para a paz social. Curitiba: Juruá, 2013, p. 83-87; DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 106-107.

28 SÃO PAULO. **Lei 1.869, de 10 de outubro de 1922**. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Publicada na Secretaria de Estado dos Negócios da Agricultura, Commercio e Obras Publicas, aos 10 de Outubro de 1922. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1922/lei-1869-10.10.1922.html>. Acesso em: 30 jan. 2020; BRASIL. **Decreto nº**

momento refere-se a uma fase administrativa e não jurisdicional<sup>29</sup> e, tendo em vista o objeto desta obra coletiva e seus limites, a investigação, neste tópico, será voltada para o período em que a Justiça do Trabalho foi incorporada ao Poder Judiciário.

A Constituição Federal de 1946 sepultou o *design* anterior da Justiça do Trabalho, que ostentava feição administrativa, efetuando uma nova escolha: incorporou a Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário<sup>30</sup> e estendeu aos seus integrantes as garantias típicas da magistratura.<sup>31</sup>

Embora integrada ao sistema de justiça em 1946, a Justiça do Trabalho iniciou com um alcance inicial muito pequeno, sobretudo porque voltada para o público urbano em um país ainda majoritariamente rural. Este cenário começa a mudar a partir da década de 1960, sendo possível associar o crescimento estrutural e de movimentação processual na Justiça do Trabalho com o aumento da população urbana, a quantidade de trabalhadores na indústria e nos serviços e a edição do Estatuto do Trabalhador Rural.

No momento em que a Justiça do Trabalho foi inserida ao sistema de justiça por força da Constituição Federal de 1946, havia um retrato do Brasil extremamente diverso do que existe hoje. Era um país com 69% da população rural<sup>32</sup>, com economia baseada na agropecuária e nascente indústria nos principais centros urbanos. Caio Prado Júnior<sup>33</sup> esclarece que a lavoura cafeeira ainda representava expressiva parte da economia nacional sobretudo na exportação. O nível de instrução da população era precário, na medida em que somente 39,8% era alfabetizada.<sup>34</sup>

Neste ambiente rural e disperso, as unidades judiciais concentravam-se basicamente nas capitais dos principais Estados. No ano de 1946 existiam somente 54 Juntas de Conciliação e Julgamento espalhadas pelo país, sendo apenas 14 no interior.<sup>35</sup>

Assim, paradoxalmente, as Juntas de Conciliação e Julgamento estavam localizadas nas cidades, mas a população estava no campo. Segundo Magda Biavaschi<sup>36</sup>, a agropecuária detinha expressiva quantidade do pessoal ocupado. Mesmo com o crescimento da indústria urbana a partir de 1930, a mão de obra ainda se concentrava no campo: em 1940, existiam 11.343.415 ocupados na agropecuária e 851.755 na indústria. Em 1950 eram 10.996.834 trabalhadores na agropecuária e 1.346.423 na indústria.

Jorge Caldeira<sup>37</sup> consigna que no decorrer das décadas de 1940 e 1950 foi mantida a tendência de a indústria crescer em ritmo superior às demais atividades, em especial a agricultura, mas foi somente nas

16.027/1923. Cria o Conselho Nacional do Trabalho. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16027-30-abril-1923-566906-publicacaooriginal-90409-pe.html>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. Decreto nº 21.396/1932. Cria o Conselho Nacional do Trabalho. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21396-12-maio-1932-526753-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 21 jul. 2020.

29 Defende-se que até a Constituição Federal de 1946 a Justiça do Trabalho possuía natureza administrativa. Com idêntico entendimento, confira: MALLETT, Estevão. Setenta anos depois: uma nova justiça do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 3, jul./set., 2011, p. 20; DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. Justiça do trabalho: 70 anos de justiça social. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 2, abr./jun., 2011, p. 106; RAMOS FILHO, Wilson. Conciliação como obsessão no capitalismo descomplexado. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (org.). *Conciliação: um caminho para a paz social*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 82; MALHADAS, Júlio Assumpção. *Justiça do trabalho: sua história, sua composição, seu funcionamento*. São Paulo: LTr, 1997, p. 113; MALHADAS, Júlio Assumpção. *Evolução Histórica da Justiça do Trabalho no Paraná. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9 Região*. Curitiba, v.26, n.2, dez., 2001, p. 24; BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995, v. 1, p. 276; BATALHA, Wilson de Souza Campos. Aspectos estruturais da representação classista na Justiça do Trabalho. *Revista LTr - legislação do trabalho e previdência social*. São Paulo, v. 58, n. 5, maio 1994, p. 525; ALBUQUERQUE, Francisca Rita Alencar. *A justiça do trabalho na ordem judiciária brasileira*. São Paulo: LTr, 1993, p. 109; MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *Justiça do trabalho: 70 anos. Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 2, p. 37, abr./jun., 2011. Em sentido contrário, reconhecendo caráter jurisdicional: CHAVES, Luciano Athayde. Da organização da Justiça do Trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (org.). *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009, p. 139; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 122.

30 Artigo 94, V da Constituição Federal de 1946.

31 Artigo 95 da Constituição Federal de 1946.

32 CALDEIRA, Jorge. *A história da riqueza no Brasil*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017, p. 566; LIMA, Nísia Trindade. *Habitação e infra-estrutura urbana*. In: BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estatísticas do Século XX*. Rio de Janeiro, 2006, p. 113. Disponível em: <https://seculoxx.ibge.gov.br/images/seculoxx/seculoxx.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2020.

33 PRADO JÚNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. 15. ed. São Paulo: Brasiliense, 1972, p. 307 e seguintes.

34 CALDEIRA, Jorge. *A história da riqueza no Brasil*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017, p. 514.

35 A distribuição era a seguinte: 9 JCS no Rio de Janeiro, 2 em Niterói, 1 em Petrópolis e 1 em Campos dos Goytacazes; 8 em São Paulo, 1 em Santo André, 1 em Santos, 1 em Campinas, 1 em Jundiaí e 1 em Sorocaba; 2 em Belo Horizonte e 1 em Juiz de Fora; 3 em Porto Alegre, 1 em Pelotas, 1 em Rio Grande, 1 em São Jerônimo e 1 em São Leopoldo; 2 em Salvador; 2 em Recife; 1 em Fortaleza; 1 em Belém; 1 em Curitiba; 1 em Manaus; 1 em Florianópolis; 1 em João Pessoa; 1 em São Luís; 1 em Vitória; 1 em Goiânia; 1 em Maceió; 1 em Aracaju; 1 em Natal; 1 em Teresina e 1 em Cuiabá. (TST. *Dados cadastrais das varas do trabalho*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/c75b632e-6cd1-c916-68ff-73baf582bfd6>. Acesso em: 23 jul. 2020). Foi considerada a data da lei de criação da unidade, ainda que a instalação tenha ocorrido em data posterior.

36 BIAVASCHI, Magda Barros. *O direito do trabalho no Brasil – 1930-1942: a construção do sujeito de direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007, p. 103.

37 CALDEIRA, Jorge. *A história da riqueza no Brasil*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017, p. 550.

### 35 ANOS DA CRFB: os direitos sociais e econômicos e o desenvolvimento sustentável

décadas de 1960/1970 que efetivamente o país ingressou na faixa das nações urbanas.<sup>38</sup> Com efeito, segundo Caldeira<sup>39</sup>, em 1970 o Brasil chega a 56% da população morando em cidades e o ritmo acelera nas décadas seguintes, saltando a população urbana para 68% em 1980 e para 78% em 1991, configurando, assim, o maciço êxodo para as cidades.

Marcelo de Paiva Abreu<sup>40</sup> relata a intensa mudança estrutural na economia nacional, que pode ser constatada pela participação da agricultura no PIB: em 1920 representava 38,1% do PIB, percentual que ficou reduzido para 29,4% em 1940 e que continuou em queda nas décadas seguintes, atingindo 16,9% em 1960 e somente 9,8% em 1980. No mesmo período, a participação da indústria cresceu de 15,7% em 1920 para 34,4% em 1980.

Neste processo de urbanização e industrialização, aumentou a provocação da Justiça do Trabalho pelas partes. De fato, após um crescimento tímido entre 1946 e a década de 1950, houve um incremento substancial da movimentação processual trabalhista a partir da década de 1960.<sup>41</sup>

O crescimento das ações e das Juntas de Conciliação e Julgamento foi firme e contínuo em todo o período analisado, conforme se constata na tabela abaixo, considerando o recorte temporal efetuado (de 1946 a 1988)<sup>42</sup>:

Tabela 1 – Quantidade de Ações e de Unidades de Primeiro Grau no Período de 1946 a 1988.

Data	Quantidade de unidades	Ações novas
1946	54	62.110
1950	55	66.143
1960	122	135.584
1970	269	465.364
1980	383	678.370
1988	494	922.879

Fonte: Tribunal Superior do Trabalho.<sup>43</sup>

O período 1960-1970 é especialmente significativo na expansão estrutural da Justiça do Trabalho e na sua utilização pelos usuários. Com efeito, de um total de 122 Juntas de Conciliação em 1960, alcançou-se o total de 269 unidades dez anos depois, o que significa que a Justiça do Trabalho mais que dobrou de tamanho. Por sua vez, as ações mais que triplicaram, saltando de 135.584 em 1960 para 465.364 em 1970.

Depois da forte alavancada nesse período, continuou o crescimento da Justiça do Trabalho nos anos seguintes, embora em ritmo mais suave (o que se altera no período pós-Constituição de 1988).

Há, assim, forte sugestão de causalidade entre a mudança do perfil econômico e demográfico brasileiro, com o aumento da procura do Judiciário trabalhista. Ao se tornar mais urbano e industrial, cresceu a utilização do sistema de justiça trabalhista. Além do distanciamento geográfico insito ao campo, da ausência de identificação como classe apta a reivindicar melhores condições de trabalho<sup>44</sup>, do analfabetismo

38 LIMA, Nísia Trindade. Habitação e infra-estrutura urbana. In: BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas do Século XX**. Rio de Janeiro, 2006, p. 113. Disponível em: <https://seculoxx.ibge.gov.br/images/seculoxx/seculoxx.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2020.

39 CALDEIRA, Jorge. *Ob. cit.*, p. 580.

40 ABREU, Marcelo de Paiva. *Ob. cit.*

41 TST. **Leis de criação das varas do trabalho**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/24550035/VTE+Geral/90727538-a836-3d32-49f7-81f9eef155b0>. Acesso em: 24 jul. 2020.

42 *Ibidem*.

43 TST. **Recebidos e julgados na Justiça do Trabalho ano de 1988**. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/recebidos-e-julgados>. Acesso em: 9 set. 2023.

44 "O Brasil tinha uma economia agrícola, cidades isoladas num verdadeiro continente que é o Brasil e poucos sindicatos." (SÜSSEKIND, Arnaldo. 60 anos da CLT: uma visão crítica. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 69, n. 2, jul./dez., 2003, p. 20).

que grassava na população rural, havia, ainda, outro elemento central que afastava os trabalhadores rurais da Justiça do Trabalho: a própria legislação trabalhista.

A redação original da CLT (art. 7º, alínea b) excluía expressamente a maior parcela dos trabalhadores rurais. De fato, o trabalhador rural que não era classificado em atividades industriais e comerciais era taxativamente eliminado da tutela prevista na CLT. Assim, como a maior parte dos trabalhadores rurais estava vinculada às atividades básicas de agricultura e pecuária, o arcabouço normativo da CLT não lhes era aplicável.

Isso significava que um expressivo contingente de trabalhadores ficava à margem da CLT em um período que, repita-se, o país ainda era majoritariamente rural. Havia, assim, uma predominante população rural que era alijada de demandar em juízo utilizando os marcos normativos da CLT. Como consequência, a Justiça do Trabalho ficava ainda mais restrita aos trabalhadores urbanos que eram minoria e estavam basicamente sediados nos grandes centros.

É certo que alguns dispositivos da legislação trabalhista eram extensíveis aos rurícolas como aviso prévio e férias<sup>45</sup>, mas o principal, que é o caráter tutelar, que molda o contrato e diminui a assimetria de poder econômico e jurídico do tomador dos serviços não foi alcançado pelos trabalhadores rurais. Somente com o advento do Estatuto do Trabalhador Rural (Lei nº 4.214/1963) e com a Lei nº 5.889/1973 é que os trabalhadores rurais foram inseridos no modelo protetivo trabalhista e se tornaram potenciais usuários da Justiça do Trabalho. A efetiva equiparação entre trabalhadores urbanos e rurais com a mesma designação de direitos e garantias demora mais de 40 anos para ocorrer, na medida em que somente se concretiza por intermédio da Constituição Federal de 1988.<sup>46</sup>

Havia, ainda, outro entrave que dificultava o acesso do trabalhador rural ao sistema de justiça: o poder político e econômico do grande proprietário rural.<sup>47</sup> Assim, nas duas primeiras décadas jurisdicionais da Justiça do Trabalho a mais expressiva parcela de trabalhadores brasileiros – trabalhadores rurais – passava ao largo deste órgão do judiciário. Na verdade, este corpo de trabalhadores estava alijado do sistema de justiça, não apenas da área trabalhista.

Por todos estes motivos, a Justiça do Trabalho, com forte identificação com o trabalhador urbano, passa a ter maior expressão quantitativa e qualitativa a partir da década de 1960, exatamente quando se inicia o processo de crescimento e expansão do judiciário trabalhista.

Além do aumento de unidades de primeiro grau e da quantidade de ações, outro fenômeno começa a ser observado na estrutura da Justiça do Trabalho a partir da metade da década de 1970: a estadualização dos tribunais com a criação de sete novos Tribunais Regionais do Trabalho, a partir do desmembramento dos tribunais originais. Com efeito, entre 1976 e 1986 são criados 7 novos Tribunais Regionais do Trabalho.<sup>48</sup> A expansão é relevante sobretudo quando se constata que desde a transformação dos oito Conselhos Regionais do Trabalho em Tribunais Regionais do Trabalho no ano de 1946, não havia sido criado nenhum tribunal trabalhista novo no país. E, ainda que tais transformações tenham ocorrido durante a vigência da Constituição de 1967 (e também de 1969), essas novas normativas em nada alteraram a estrutura da Justiça do Trabalho, limitando-se a repetir, em suma, o que já constava na Constituição de 1946.

Assim, do início retraído em 1946, recém-saída da discussão sobre se integrava o judiciário, a Justiça do Trabalho vai paulatinamente se robustecendo. Caminhando junto com as transformações econômicas e sociais atravessadas pelo país, a Justiça do Trabalho cresceu de modo substancial em unidades de primeiro grau (partiu de 54 Juntas de Conciliação e Julgamento em 1946 para atingir 484 Juntas de Conciliação e Julgamento em 1988) e na movimentação processual: das 66.120 ações ajuizadas em 1946 aproximou-se de um milhão de novas demandas em 1988. Ao ingressar na faixa dos países urbanos, diminuir a relevância agrícola na economia e na população ocupada, e aumentar a participação da indústria e dos serviços,

45 Alice Monteiro de Barros informa que eram aplicáveis aos trabalhadores rurais o direito ao descanso semanal remunerado, aviso prévio, férias e salário-mínimo. (BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho**: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências. São Paulo: LTr, 2001, p. 333-334).

46 SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. Vol. I, 21. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 183.

47 Sobre o grande proprietário rural, confira: CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 40, nº 02, 1997, p. 237. No mesmo sentido: LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 204; FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5. ed., São Paulo: Globo, 2012, p. 712. O poder do senhor da terra vem desde a época do Brasil colonial como esclarece HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 106.

48 9ª Região com sede em Curitiba/PR; 10ª Região com sede em Brasília/DF; 11ª Região com sede em Manaus/AM; 12ª Região com sede em Florianópolis/SC; 13ª Região com sede em João Pessoa/PB, 14ª Região com sede em Porto Velho/RO e 15ª Região com sede em Campinas/SP.



ocorreu o crescimento e a maturidade da Justiça do Trabalho. Preparou-se, assim, o terreno para sua nova fase, que será iniciada com o advento da Constituição Federal de 1988, como abaixo será analisado.

## 2. CAPILARIZAÇÃO E PROTAGONISMO (CONSTITUIÇÃO DE 1988)

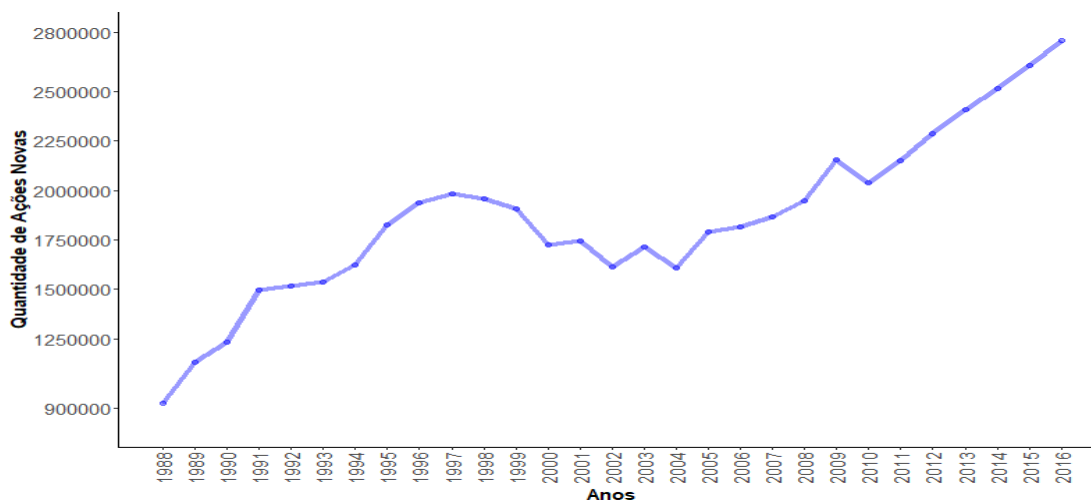
A Constituição Federal de 1988 alçou a Justiça do Trabalho a novo *status* de relevância no contexto do sistema de justiça. De fato, a Carta além de constitucionalizar diversos direitos sociais que somente tinham base legal, criou e estendeu inéditas garantias, bem como implementou novos direitos e institutos jurídicos próprios. E o constituinte não parou aí: além do Capítulo dos Direitos Sociais (artigos 6º a 11), voltado para o alargamento do direito material dos trabalhadores, o artigo 114 da Constituição ampliou a competência abrangendo mais atribuições jurisdicionais. Quanto à estrutura, dispunha o artigo 112 na sua redação original: “Art. 112. Haverá pelo menos um Tribunal Regional do Trabalho em cada Estado e no Distrito Federal, e a lei instituirá as Juntas de Conciliação e Julgamento, podendo, nas comarcas onde não forem instituídas, atribuir sua jurisdição aos juízes de direito”.<sup>49</sup>

Por força do comando constitucional, que determinava a criação de um Tribunal em cada Estado da Federação e no Distrito Federal, ocorreu um acelerado processo de instituição de novos tribunais. Entre 1989 e 1992 foram criados e instalados 9 novos Tribunais Regionais do Trabalho<sup>50</sup> no país, alcançando assim o número de 24 tribunais.<sup>51</sup>

A década de 1990 foi particularmente favorável para a Justiça do Trabalho, na medida em que teve sua estrutura aumentada, decorrente do maior acesso à justiça e do crescimento de demandas judiciais. O processo de expansão foi contínuo e permaneceu nas décadas seguintes. Das 484 Juntas de Conciliação e Julgamento que existiam em 1988, atingiu-se o número de 1.587 Varas do Trabalho<sup>52</sup> em 2017.

A quantidade de ações também acompanhou o acelerado incremento estrutural, visto que em 1988 foram 922.879<sup>53</sup> novas demandas e, em 2016 – quando atingiu seu ápice – a quantia foi de 2.756.251.<sup>54</sup>

Figura 1: Crescimento das Ações Entre os Anos de 1988 e 2016:



Fonte: Tribunal Superior do Trabalho.

49 Esta obrigação foi retirada pela Emenda Constitucional 45/2004 que alterou a redação do artigo para consignar que: “Art. 112. A lei criará varas da Justiça do Trabalho, podendo, nas comarcas não abrangidas por sua jurisdição, atribuí-la aos juizes de direito, com recurso para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho”.

50 16ª Região com sede em São Luís/MA; 17ª Região com sede em Vitória/ES; 18ª Região com sede em Goiânia/GO; 19ª Região com sede em Maceió/AL; 20ª Região com sede em Aracaju/SE, 21ª Região com sede em Natal/RN, 22ª Região com sede em Teresina/PI, 23ª Região com sede em Cuiabá/MT e 24ª Região com sede em Campo Grande/MS.

51 Com este aumento estrutural praticamente todos os Estados passam a ser um tribunal trabalhista próprio, a exceção do Acre, que é vinculado ao tribunal de Rondônia, Amapá, vinculado que está ao tribunal paraense, Roraima, ligada ao tribunal amazonense e Tocantins, vinculado ao tribunal do Distrito Federal. Por outro lado, o Estado de São Paulo possui dois tribunais, um sediado na capital e com jurisdição na grande São Paulo e litoral e o TRT da 15ª Região com sede em Campinas e jurisdição sobre o interior paulista.

52 TST. **Leis de criação das varas do trabalho.** Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/24550035/VTE+Geral/90727538-a836-3d32-49f7-81f9eef155b0>. Acesso em: 24 jul. 2020; Justiça em números 2019: ano-base 2018/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019, p. 21. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 19 mar. 2020.

53 TST. **Recebidos e julgados na Justiça do Trabalho ano de 1988.** Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/2d9088e2-137f-4440-b809-94e64d3490d4>. Acesso em: 24 jul. 2020.

54 *Ibidem*.

O crescimento de unidades de primeiro grau após a Constituição Federal foi consistente, assim como também foi a movimentação processual.

Além do aumento da procura pelos usuários da justiça e do crescimento de unidades, servidores e juízes, este período trouxe também três substanciais alterações no formato da Justiça do Trabalho: i) foi extinta a representação classista pela Emenda Constitucional nº 24/1999; ii) foi restringido o poder normativo pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e iii) a mesma Emenda Constitucional 45/2004, ampliou a competência material.

Assim, nesse curto período de cinco anos, houve relevante e substancial alteração de forma e conteúdo da Justiça do Trabalho, na medida em que as suas duas características mais distintivas em relação aos demais ramos do Judiciário<sup>55</sup>, vale dizer, representação classista e poder normativo, foram eliminadas ou reduzidas e, finalmente, passou a se assemelhar mais a um ramo ordinário do sistema judiciário.

Especial atenção merece a extinção dos juízes classistas. De fato, a Emenda Constitucional nº 24/1999 rompeu com mais de sessenta anos de representação paritária de empregados e empregadores nos órgãos da Justiça do Trabalho. Desde a criação das Comissões Mistas de Conciliação pelo Decreto-lei nº 21.396/1932 até a EC nº 24/1999, todos os órgãos da Justiça do Trabalho eram colegiados.

Mesmo sob os auspícios da Constituição de 1946, que incorporou a Justiça do Trabalho ao sistema de justiça, ficou mantida a representação paritária, metodologia que permaneceu nas constituições seguintes.

Assim, de 1946 até a vigência da EC nº 24/1999, a Junta de Conciliação e Julgamento era composta pelo juiz do trabalho e por dois juízes classistas, nomeados pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho<sup>56</sup> com mandatos por prazo.

A extinção da representação classista representou: a) profissionalização da magistratura trabalhista; b) deferência à imparcialidade<sup>57</sup>; c) o reconhecimento da tecnicidade do direito material<sup>58</sup> e processual do trabalho, que não mais poderiam ser analisados por quem não possui adequada e comprovada formação jurídica.<sup>59</sup>

A segunda grande alteração que sofreu a Justiça do Trabalho foi a mitigação do poder normativo imposto pela Emenda Constitucional nº 45/2004. De fato, a nova redação do § 2º do artigo 114 da Constituição Federal<sup>60</sup> passou a exigir o “comum acordo” entre as partes para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica.

Como esclarece Maurício Godinho Delgado<sup>61</sup>, dissídio coletivo é uma figura controvertida que possui inspiração organicista e corporativa, típicas das autocracias da primeira metade do século XX. Por intermédio dele é conferida à Justiça do Trabalho a prerrogativa de criar no ambiente privado “regras gerais, abstratas, impessoais, obrigatórias, como resultado de um único e específico processo”<sup>62</sup> o que significa na verdade o exercício de função destinada ao legislativo e não ao judiciário,<sup>63</sup> na medida em que se cria direito objetivo.<sup>64</sup>

55 No mesmo sentido: BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado de direito judiciário do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995, v. 1, p. 277.

56 Art. 660 - Os vogais das Juntas são designados pelo Presidente do Tribunal Regional da respectiva jurisdição.

57 ROMITA, Arion Sayão. A necessidade de supressão da representação classista na Justiça do Trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 10, n. 58, nov./dez., 1985, p. 48.

58 ROMITA, Arion Sayão. *Ob. cit.*, p. 49. Com o mesmo entendimento: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Breve história da Justiça do Trabalho. In: FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **História do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho**: homenagem a Armando Casimiro Costa. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 158-159; ALBUQUERQUE, Francisca Rita Alencar. **A justiça do trabalho na ordem judiciária brasileira**. São Paulo: LTr, 1993, p. 10.

59 No mesmo sentido: CHAVES, Luciano Athayde. Da organização da Justiça do Trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (org.). **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 145. Dalmo Dallari relata que a Justiça do Trabalho era vista como ramo de qualidade inferior pelos demais juízes. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 128. Correta e ácida a crítica de Romita: “Não há dúvida, em consequência, de que os representantes classistas que integram a composição dos órgãos da Justiça do Trabalho aparecem como seres antediluvianos, verdadeiros abantesmas sobreviventes de um passado que já deveria estar esquecido, caracterizado pelo autoritarismo e pelo corporativismo que nodam até hoje nossa legislação do trabalho e a composição dos órgãos da Justiça do Trabalho. Eles são contemporâneos de idéias hoje inteiramente ultrapassadas e superadas. Sua presença não se compadece com o estágio atual de nossa evolução jurídica e social. Devem desaparecer, portanto.” (ROMITA, Arion Sayão. *Ob. cit.*, p. 50). No mesmo sentido: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. A Justiça do Trabalho do ano 2000: As Leis ns.9756/1998, 9957 e 9958/2000, a Emenda Constitucional n. 24/1999 e a Reforma do Judiciário. **Revista LTr - Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 64, n. 02, fev., 2000, p. 162.

60 § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

61 DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001, p. 32.

62 *Ibidem*.

63 *Ibidem*.

De fato, embora a decisão proferida no dissídio coletivo tenha forma de ato processual, ela tem conteúdo de lei em sentido material, porquanto estabelece obrigações futuras aos envolvidos.<sup>65</sup>

Trata-se de instituto que traduz indevida intervenção do Estado na “gestão coletiva dos conflitos trabalhistas”<sup>66</sup> com o fito de trazer para a arena judicial, permeada pelo tecnicismo e formalidade, uma típica disputa e enfrentamento entre empregados e empregadores.<sup>67</sup>

O Estado pretendeu e conseguiu transformar, por intermédio dos dissídios coletivos, uma disputa política/econômica entre empregados e empregadores com potencial convulsivo em questão técnico-jurídica, amarrando-a a um órgão estatal. Segundo Albuquerque, o Ministério do Trabalho e a Justiça do Trabalho “representavam instâncias de controle da questão social, disfarçadas num discurso integrador e paternalista, em que o Estado combinava autoritarismo com protecionismo”.<sup>68</sup> Para tanto, o Estado regulamentou certos elementos do contrato e, com isso, limitou o poder do patronato. Ao mesmo tempo, ao institucionalizar o conflito coletivo, restringiu o exercício de greve e reivindicação pelos trabalhadores,<sup>69</sup> permitindo, desta forma, que as demandas por eles movidas fossem internalizadas pela Justiça do Trabalho. Assim, o Estado obteve a “domesticação” dos sindicatos, estabelecendo balizas prévias de alcance e pressão<sup>70</sup>, que desaguavam na utilização de um ramo do próprio Estado para a solução das controvérsias.

Em minucioso estudo empírico realizado em grande empresa automobilística de São Paulo na década de 1960, Leôncio Martins Rodrigues constatou que o sindicato era visto pelos trabalhadores como uma “entidade assistencial, destinada a prover os associados de recursos médicos e orientação jurídica.”<sup>71</sup> Segundo o mesmo autor, em contraste ao que ocorre nas sociedades ricas, onde os sindicatos tiveram seu espaço de pressão e reivindicação reconhecido (Europa Ocidental) ou uma “adesão aos valores básicos do sistema (EUA)”<sup>72</sup> no Brasil as classes operárias em razão da pequena industrialização, porque recém-formadas e vindas de ambientes diversos são “débeis para uma pressão em larga escala sobre as grandes empresas e o Estado”.<sup>73</sup>

Ao reduzir a utilização deste mecanismo processual, que é exclusivo da Justiça do Trabalho e que a acompanha desde sua instituição, tem-se um afastamento da concepção originária de controle e cooptação da atividade sindical e uma conseqüente aproximação com os demais ramos do judiciário, que não produzem normas jurídicas para os atores envolvidos.

Por fim, a terceira substancial mudança também ocorreu por intermédio da Emenda Constitucional nº 45/2004 que ampliou a competência material da Justiça do Trabalho para a análise de demandas que anteriormente estavam submetidas à Justiça Federal e à Justiça Comum Estadual, notadamente as ações envolvendo: i) acidentes de trabalho; ii) penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; iii) representação sindical e iv) trabalhador autônomo. Passou, portanto, a Justiça do Trabalho a ser competente para julgar matérias que durante décadas eram submetidas a outros ramos do judiciário. E, ao passar a julgar outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, alargando neste processo suas atribuições, afastou-se parcialmente da sua concepção inicial que era julgar somente as demandas entre empregados e empregadores. É verdade que este movimento de ampliação da competência material passou a regredir sobretudo a partir de 2015, diante de sucessivos julgamentos do STF que manietaram a competência trabalhista constitucionalmente prevista.<sup>74</sup>

Assim, é possível constatar a existência de dois movimentos na Justiça do Trabalho: o primeiro foi a aproximação com a Justiça Comum a partir da virada do século XXI. De fato, ao abandonar a anacrônica representação classista, restringir o poder normativo e aumentar a competência material passando a julgar

---

64 VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Estrutura orgânica da justiça do trabalho. **Revista de informação legislativa**, abr./jun., 1971, p. 130.

65 DELGADO, Mauricio Godinho. *Ob. cit.*, p. 33.

66 *Ibidem*.

67 ALBUQUERQUE, Francisca Rita Alencar. **A justiça do trabalho na ordem judiciária brasileira**. São Paulo: LTr, 1993, p. 150.

68 *Ibidem*, p. 73.

69 SIMÃO, Aziz. **Sindicato e estado**: suas relações na formação do proletariado de São Paulo: Ática, 1981, p. 121.

70 O processo de controle da atividade de empregadores, trabalhadores e de seus órgãos representativos se deu também, como comumente acontece, por meio da utilização do Direito penal para tanto. O Código penal, contemporâneo à CLT, contém capítulo específico relativo aos crimes contra a organização do trabalho, que dão mostras claras de intervenção autoritária do Estado nas relações de trabalho. O tema foi tratado em: CESTO, Mariana; BUSATO, Paulo César. Crítica à organização do trabalho como bem jurídico. In: CESTO, Mariana; ARRAES, Rhayssam Poubel de Alencar (org.). **Autoritarismo e controle social punitivo**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 121-142.

71 RODRIGUES, Leôncio Martins. **Industrialização e atitudes operárias**: estudo de um grupo de trabalhadores. São Paulo: Brasiliense, 1970, p. 106-107.

72 *Ibidem*, p. 186.

73 *Ibidem*.

74 BARÃO MARQUES FILHO, Lourival; CESTO, Mariana. Redução da competência material da Justiça do Trabalho pela via judicial. **Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, v. 12, 2023, p. 7-20.

matérias que antes eram da competência de outros ramos do judiciário, a Justiça do Trabalho tornou-se cada vez mais semelhante com a Justiça Comum, tanto na forma como no conteúdo, já que as características distintivas iniciais se perderam no decorrer do tempo. A implantação dos honorários de sucumbência pela reforma trabalhista robustece esse argumento e implanta a mesma racionalidade processual que sempre vigorou na Justiça Comum.

O segundo movimento que acontecia enquanto havia essa aproximação entre os ramos do judiciário, foi o crescimento institucional da Justiça do Trabalho. Especialmente nas três últimas décadas, houve um intenso e contínuo aumento das ações, das unidades judiciais, da interiorização e capilarização<sup>75</sup> da Justiça do Trabalho, o que significou forte mudança na organização, composição e competência deste ramo.

Todavia, este movimento tem um ponto de inflexão e que não possui gênese constitucional: trata-se da reforma trabalhista implementada pela Lei nº 13.467/2017.

É possível identificar um ponto de dobradura no Judiciário Trabalhista: o biênio 2016/2017. Até este momento a Justiça do Trabalho havia passado por um longo processo de incremento e expansão das varas e dos Tribunais, crescimento contínuo das novas ações, absorção e institucionalização de uma litigância anual superior a dois milhões de novas ações no âmbito nacional e aperfeiçoamento dos mecanismos processuais trabalhistas. Todavia, a partir dele, constatou-se uma nítida inversão da orientação ascendente de litigiosidade, de crescimento institucional e capilarização da Justiça do Trabalho. Mas, os motivos que geraram essa alteração não serão abordados neste artigo, porque fogem do seu escopo, sobretudo pelo fato de não ocorrer em virtude de alterações do texto constitucional.<sup>76</sup>

## CONCLUSÃO

O objetivo central do artigo foi apresentar a evolução estrutural da Justiça do Trabalho com enfoque nas constituições.

Depois de estabelecido um recorte claro quanto ao período histórico abordado, o estudo iniciou do ponto em que a Justiça do Trabalho foi inserida no sistema de justiça, com a Constituição de 1946.

Percebeu-se que, neste momento histórico, a mera inserção da Justiça do Trabalho no Poder Judiciário não lhe garantiu, em princípio, representatividade significativa. Uma vez que a própria legislação trabalhista, concentrada na CLT era limitada, em grande parte, aos trabalhadores urbanos, o início da Justiça do Trabalho, como instituição, foi tímido e alijou da proteção que lhe é característica os trabalhadores rurais, os quais eram maioria naquele momento.

Também se constatou que houve grandes modificações da sociedade brasileira e que, especialmente na década de 1960, com a urbanização do país, a Justiça do Trabalho passa a ganhar mais relevância. Há um movimento, que sugere a causalidade entre os fenômenos das alterações sociais, do aumento das ações e, conseqüentemente, da estrutura da Justiça do Trabalho no período, chancelando não só a necessidade de sua existência como ramo próprio, mas identificando uma maturidade como instituição com personalidade e características próprias no Poder Judiciário. Apesar da superveniência da Constituição de 1967, não houve, com ela, alteração estrutural, mas mera repetição do que já estava previsto em 1946.

As mudanças mais sensíveis vêm, na verdade, com o segundo marco deste trabalho: a Constituição de 1988 e todas as emendas que trataram da Justiça do Trabalho. A Constituição de 1988, inicialmente, já identificou um amplo leque de direitos sociais que, combinados com as mudanças sociais que já aconteciam nas décadas anteriores, culminou em sensível aumento da litigiosidade e, conseqüentemente, o forte crescimento da estrutura institucional da Justiça do Trabalho.

As emendas constitucionais que se seguiram contribuíram para um outro fenômeno: a perda de características que eram próprias e exclusivas da Justiça do Trabalho desde seus primórdios. É neste momento histórico, que deixam de existir os juízes classistas, tornando mais profissional e técnica a prestação jurisdicional, e que se enfraquece o poder normativo que a Justiça do Trabalho possuía, diminuindo a ingerência estatal sobre as atividades sindicais.

---

75 Estudo empírico de Eduardo Matos Oliveira relata que o processo de criação de novas Varas do Trabalho nos anos de 2003 a 2010 observou principalmente as seguintes situações: a) tamanho da população economicamente ativa da região; b) percentual de ocupados no comércio; c) distância para a vara do trabalho mais próxima (quanto mais distante o município maior a chance de ser contemplado com uma unidade); proporção de indivíduos no ensino superior. (OLIVEIRA, Eduardo Matos. Aonde chega o Judiciário? Uma avaliação da expansão da Justiça do Trabalho no Brasil (2003-2010). *Opinião Pública*, Campinas, vol. 24, nº 2, maio/ago., 2018, p. 481).

76 Sobre o tema, confira: BARÃO MARQUES FILHO, Lourival. *Litigantes em fuga: o ocaso da Justiça do Trabalho?* 1. ed. São Paulo: Dialética, 2022, p. 231-262.



Segue-se a essa aproximação aos demais ramos, uma atribuição de mais ampla competência à Justiça do Trabalho, também por emenda constitucional, o que leva à máxima extensão a busca pelo judiciário trabalhista. Com a crescente litigância, vem o aumento estrutural: a instituição cresce em número e em dispersão pelo território, alcançando uma grande capilarização.

Conclui-se, assim, que da incipiência ao protagonismo, a Justiça do Trabalho passou por uma expansão inigualável a outros ramos do sistema de justiça, dada, em grande parte, pela importância que as Constituições de 1946 e de 1988 lhe atribuíram. A primeira, concedeu-lhe ingresso no Poder Judiciário. Esse ingresso deu-se de forma tímida; inicialmente, desconectado da realidade dos trabalhadores e da sociedade da época; e com características que a tornavam diferente e apartada de outros ramos judiciais. A segunda, mais conectada com as mudanças sociais que vinham ocorrendo, apesar de despir-lhe daquelas características exclusivas, atribuiu-lhe um status de proximidade e identidade com os demais ramos do sistema de justiça, expandiu sua competência e afiançou um crescimento que levou a um inédito protagonismo institucional.

E é desse ponto de importância que a Constituição de 1988 garantiu à Justiça do Trabalho que se observam, a partir de agora, diversos outros movimentos, que põem em xeque e desaceleram seu crescimento.

## **CONSTITUCIONALISMO E LIBERDADE: A PERSECUÇÃO DA LIBERDADE INDIVIDUAL ATRAVÉS DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS SOB O ENFOQUE DE UMA DIALÉTICA SENIANA E CANOTILHIANA**

### CONSTITUTIONALISM AND FREEDOM: THE PURSUIT OF INDIVIDUAL FREEDOM THROUGH THE CONCRETION OF SOCIAL RIGHTS UNDER THE APPROACH OF A SENIAN AND CANOTILLHIAN DIALECTIC

**Wilson Seraine da Silva Neto**<sup>77</sup>

**Marco Antônio César Villatore**<sup>78</sup>

**Rene Sampar**<sup>79</sup>

**RESUMO:** O economista Amartya Sen propõe uma nova forma de atingir o desenvolvimento de um país: ampliando as liberdades substantivas dos indivíduos. Entretanto, a mera previsão constitucional não é suficiente para que todos gozem de suas liberdades, ante a existência de privações. Assim, deve-se haver, através das liberdades instrumentais, um processo de retirada desses inibidores para a promoção de um desenvolvimento para liberdade. Nesse cenário, parte-se da abordagem de Canotilho acerca do princípio constitucional português da democracia econômica, social e cultural e do conceito de liberdade igual para entender o importante papel dos direitos sociais para dirimir as desigualdades e oportunizar um ambiente propício ao desenvolvimento individual.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desenvolvimento. Direitos sociais. Liberdade substancial. Igualdade material.

**ABSTRACT:** Indian economist Amartya Sen proposes a new way to achieve the development of a country: expanding the substantive freedoms of individuals. However, only the proposal in the Constitution is not enough for everyone to have their freedoms, given the existence of restrictions. Thus, there must be through instrumental freedoms, a process of removing these inhibitors to promote development for freedom. In this scenario, we start from Canotilho's approach about the Portuguese constitutional principle of economic, social and cultural democracy and the concept of equal freedom to understand the important role of social rights in resolving inequalities and creating an environment conducive to individual development.

**KEYWORDS:** Development. Social rights. Substantial freedom. Material equality.

---

77 Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, menção em Direito Constitucional, pela Universidade de Coimbra. Pós-graduando em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Advogado.

78 Doutor em Direito pela Università degli studi di Roma I, Sapienza. Titular da cadeira 73 da Academia brasileira de Direito do Trabalho. Coordenador de Especialização em EAD de Direitos e Processos do Trabalho e Previdenciário da Academia brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Professor da Graduação e da Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado em Direito) pela Universidade Federal de Santa Catarina. Advogado.

79 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Coordenador Acadêmico da Academia brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Professor e Advogado.

## INTRODUÇÃO

A partir da leitura do texto *The moral demandingness of socioeconomic human rights* de Jan-Christoph Heilinger, e de sua indagação sobre se, na verdade, na divisão por gerações dos direitos humanos, os direitos sociais deveriam vir antes dos direitos de liberdade, sugeriu-nos uma problemática de que (se) para o exercício das liberdades faz-se necessário haver um nível avançado de direitos sociais concretizados. Nesse caso, não se refere a uma liberdade formal prescrita em lei fruto das revoluções liberais e das reclamações burguesas, mas sim de uma liberdade real e universal, no qual os indivíduos possuem autonomia suficiente para tomar suas próprias decisões e desenvolver sua personalidade, ao modo que achar melhor.

Nesse cenário, o economista Amartya Sen já havia publicado sua obra *Development as Freedom* no qual toma a liberdade do indivíduo como fator principal para auferir o êxito do desenvolvimento socioeconômico dos países, ao passo que demonstra como é possível o Estado e a comunidade auxiliar um indivíduo a atingir sua liberdade substancial: retirando-lhe suas amarras e privações sociais.

Com base em sua teoria, o combate à miséria e à fome, o investimento em educação e saúde, a expansão de uma rede de saneamento básico, a redistribuição de renda, a criação de oportunidades profissionalizantes e de créditos, políticas públicas voltadas para a inclusão das mulheres na economia, dentre outros vetores que favoreçam a sua condição de agente, apresentam-se como meios não só de garantir o cumprimento do texto constitucional e seus mandamentos de direitos sociais, mas de permitir que a liberdade individual seja usufruída e desenvolvida, de modo que, por conseguinte, ajudará a elevar os índices de desenvolvimento do país.

Assim, partindo-se do marco seniano na que a real liberdade individual, na verdade, depende e muito de um ativo papel estatal no desenvolvimento de uma rede social protetora e promotora, utiliza-se do conceito de liberdade igual desenvolvido por Canotilho, a partir de sua análise do instituto constitucional português da *democracia econômica, social e cultural* (traçando paralelos com a realidade brasileira) para demonstrar que a necessidade da efetividade dos direitos sociais não só diz respeito às prestações de serviços estatais, mas é primordial para o exercício das liberdades civis e políticas dos cidadãos.

## 1. DIREITOS SOCIAIS E SEU NECESSÁRIO PAPEL PARA O DESENVOLVIMENTO DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS

A busca pela liberdade motivou pensadores ao longo de muitos séculos, constituindo ponto de elementar concretização pela estrutura do Estado. Conceito de ampla significação, insculpiu-se como o *laissez faire, laissez passer* no surgimento das instituições modernas, ao propugnar o estabelecimento de firmes barreiras para a atuação estatal – realidade fundamental para aquele momento, cujos ecos feudais e do *ancien régime* ainda eram audíveis.

Em busca de consolidar o que já se desenhava na Inglaterra, Montesquieu, que muito inspirou os *founding fathers*, definiu a liberdade como (CITAR)<sup>80</sup>, na linha adotada nos artigos 4º. e 5º. da Declaração de 1789. É o que Georg Jellinek indica como o *status negativus* ou *status libertatis* pelo qual a liberdade foi apropriada no Estado, pelo qual exige uma linha demarcatória que afaste as instituições públicas nos assuntos de teor individual (reivindicação de *non facere*).<sup>81</sup>

Este panorama se manteve até meados do século XIX, com as lutas operária em prol de seus direitos, e encontrou seu apogeu com as Constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919), que consolidaram a normatização dos direitos civis e políticos de maneira concomitantemente aos direitos sociais. Surgiu nesse modelo constitucional de Estado Social a dialética entre a igualdade formal e substancial. Pela sistemática de Jellinek, os direitos sociais se enquadram na categoria de *status positivus* ou *status civitatis*, no qual decorre da reivindicação de que o Estado faça algo (*ad um facere*). Ademais, com o desenvolvimento da teoria de Jellinek, houve a inclusão do *status positivus socialis* (*daseinvorsorge*) que corresponde aos direitos sociais, econômicos e culturais e a sua natureza prestacional.<sup>82</sup>

---

80 Importa-se destacar, nomeadamente e com maior relevância, John Stuart Mill que, a partir da construção do princípio do dano (*harm principle*), afirmou que a liberdade possui seu limite a partir do momento que a ação do indivíduo causa dano a outrem. (MILL, John Stuart. **On liberty**. New York: Yale University Press, 2003, p. 80-81). No mesmo entendimento: SPENCER, Herbert. **The Principle of Ethics**: Anthology volumes I & II. V. II. New York: D. Appleton and Company, 1896.

81 JELLINEK, Georg. **System Der Subjektiven Offentlichen Rechte**. 2 ed. Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 63.

82 *Ibidem*, p. 71.

Os direitos sociais foram observados sistematicamente como normas programáticas. Entretanto, noção diversa foi se consagrando, ao menos nos últimos vinte anos, no qual se buscou aplicação imediata.<sup>83</sup> A busca por aplicabilidade direta e eficácia plena possui como escopo central a concretização da igualdade material, de modo a oportunizar a todos os indivíduos condições sociais, econômicas e políticas adequadas para a concretização da dignidade da pessoa humana, compromisso basilar da ordem jurídico-constitucional brasileira.

Surge, diante desse cenário provocado pela necessidade de concretização dos direitos sociais, tarefas-prestações que obrigam o Estado e todos seus poderes a realizá-las para a consubstanciação da igualdade material. Porém, normas constitucionais que reclamam a atividade estatal proativa para a satisfação de direitos (*Staatszielbestimmungen*)<sup>84</sup> demanda esforços, desde questões relativas à coordenação administrativa até matérias relacionadas ao planejamento e as limitações orçamentárias, que tornam difíceis a realização da mudança social exigida pelo mandamento constitucional.<sup>85</sup> É que “o princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual”, nos dizeres de Konrad Hesse, de modo que “a igualdade jurídica material não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações”.<sup>86</sup>

A centralidade da “pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico”<sup>87</sup> passou, a partir de 1988, a ser a marca teleológica do direito constitucional brasileiro e de suas normas positivadas. E a busca pela igualdade substancial, ainda que a duras penas, entrou para a ordem do dia.

### 1.1 A Teoria de “Desenvolvimento como Liberdade” de Amartya Sen

A relação entre liberdade e desenvolvimento é elementar na obra de Amartya Sen.<sup>88</sup> O autor aponta a *liberdade* como ponto central para o desenvolvimento de um país por dois principais motivos: primeiro pela sua *razão avaliatória*, no qual se observa a progressão de um país a partir do aumento substancial da liberdade das pessoas, isto é, por suas palavras, “o êxito de uma sociedade deve ser avaliado, nesta visão, primordialmente, segundo as liberdades substantivas que os membros dessa sociedade desfrutam”.<sup>89</sup> O segundo motivo é a *razão da eficácia*, no qual condiciona o indivíduo como agente transformador da realidade, de maneira que “ter mais liberdade melhora o potencial das pessoas para cuidar de si mesmas e para influenciar o mundo, questões centrais para o processo de desenvolvimento”.<sup>90</sup>

O ponto primordial da teoria seniana é expandir as capacidades individuais para que as pessoas consigam atingir o modo de vida que valorizam e buscam e, com isso, elevar o estado de bem-estar social que propulsionará o desenvolvimento do país. Busca-se, portanto, “a expansão e a garantia das liberdades substantivas dos indivíduos, vistos como agentes ativos de mudança, e não como recebedores passivos de benefícios”.<sup>91</sup>

A expansão da liberdade, para Sen, deve ser considerada como (i) *fim primordial* e (ii) *principal meio* do desenvolvimento, denominando-se aquele de “papel constitutivo” e o último como “papel instrumental”.<sup>92</sup> O papel constitutivo leva em conta o enriquecimento humano através da concretização da liberdade substantiva, de modo que esta inclui as capacidades elementares que se relaciona com as liberdades associadas a saber ler, escrever, fazer cálculos, bem como a extinção ou minimização da fome, subnutrição, morte prematura. Aqui se fala da expansão das liberdades básicas.

83 (...) as normas consagradas de direitos sociais possuem aplicabilidade direta, ainda que o alcance de sua eficácia deva ser avaliado sempre no contexto de cada direito social e em harmonia com outros direitos fundamentais (sociais ou não), princípios e mesmo interesses públicos e privados. Assim, ainda que se possa falar no caso de alguns direitos sociais, especialmente em virtude do modo de sua positivação no texto constitucional, em uma maior relevância de uma concretização legislativa, essa peculiaridade não afasta o dever de se atribuir também às normas de direitos sociais uma máxima eficácia e efetividade, obrigação cometida a todos os órgãos estatais, (...) dever ao qual se soma o dever de aplicação direta de tais normas por parte dos órgãos do Poder Judiciários. (SARLET, Ingo *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 598).

84 HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 47.

85 Eminentemente observar, conforme explica João Carlos Loureiro, a existência de uma confrontação das expectativas de direitos (correlacionado com mandamentos constitucionais) com a diminuição da capacidade do Estado de suprir tais pretensões, resultantes de uma situação em que a maioria dos Estados contemporâneos se veem, sob a coerção constitucional de realização de direitos sociais, em um ambiente fático de escassez (principalmente orçamentário-financeiro). (LOUREIRO, João Carlos. *Fiat constitutio, pereat mundus?* Neojoaquimismo, Constitucionalismo e Escassez. *In: Revista Portuguesa de Filosofia*, 70, 2014, p. 247).

86 HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha** (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland). 20 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 330.

87 CLÈVE, Clémerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 16.

88 Para aprofundar no tema: PANSIERI, Flávio. A Liberdade no Pensamento Ocidental. Belo Horizonte: Forum, 2018 (4 volumes); Liberdade como Desenvolvimento em Amartya Sen. *In: Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, Jul./dez., p. 453-479.

89 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 33.

90 *Ibidem*, p. 33.

91 *Ibidem*, p. 11.

92 *Ibidem*, p. 55.

Já o papel instrumental da liberdade “concerne ao modo como diferentes tipos de direitos, oportunidades e intitamentos [*entitlements*] contribuem para expansão da liberdade humana em geral e, assim, para a promoção do desenvolvimento”.<sup>93</sup> Portanto, as liberdades instrumentais visam contribuir para a viabilização da liberdade global que as pessoas desejam para exercer as suas vontades. Amartya Sen considerou cinco tipos de liberdades instrumentais, quais sejam: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora.

As liberdades políticas estão ligadas ao conceito clássico liberal de liberdade (direitos civis e políticos), referindo-se “às oportunidades que as pessoas têm para determinar quem deve governar e com base em que princípios, além de incluir a possibilidade de fiscalizar e criticar as autoridades, de ter liberdade de expressão política e uma imprensa sem censura, de ter a liberdade de escolher entre diferentes partidos políticos etc”.<sup>94</sup> Em suma, encontra-se aqui os direitos assegurados por uma democracia, como direito ao voto e a liberdade de expressão e pensamento.

As facilidades econômicas “são as oportunidades que os indivíduos têm para utilizar recursos econômicos com propósitos de consumo, produção ou troca”.<sup>95</sup> Essa instrumentalidade se relaciona com o “intitamento econômico da população” que se dá com o aumento da riqueza e renda nacional, bem como a sua correta distribuição. O aumento de crédito e linha de financiamento para empresas de todo o porte financeiro são um exemplo da concretização dessa liberdade instrumental, uma vez que significa o aumento do *intitamento* dos agentes econômicos de modo a assegurar um melhor e maior funcionamento do mercado.

Oportunidades sociais são um dos principais e mais importantes meios de assegurar a expansão das liberdades substantivas dos indivíduos e concretizar a possibilidade de se conquistar uma vida melhor. Essas oportunidades estão ligadas aos direitos sociais, uma vez que corresponde “às disposições que a sociedade estabelece nas áreas de educação e saúde etc.”<sup>96</sup>, de modo que “essas facilidades são importantes não só para a condução da vida privada (...), mas também para uma participação mais efetiva em atividades econômicas e políticas”.<sup>97</sup>

As garantias de transparências relacionam-se com a necessidade de uma sociedade viver de forma mais clara e aberta possível, isto é, as pessoas devem promover uma convivência baseada na confiança, no qual um espera que o outro cumpra o que está disposto na lei e que se relacione baseado na boa-fé. O papel fundamental dessa instrumentalidade é funcionar como garantias “inibidoras da corrupção, da irresponsabilidade financeira e de transações ilícitas”.<sup>98</sup>

Por fim, a segurança protetora visa garantir o mínimo existencial e a manutenção da dignidade das pessoas em situações de vulnerabilidade, de modo a evitar que a “população afetada seja reduzida à miséria abjeta e, em alguns casos, até mesmo à fome e à morte”.<sup>99</sup> Como exemplo, pode-se citar o seguro-desemprego, benefícios da seguridade social para a população com invalidez decorrente de acidente ou doença, bem como a distribuição de alimentos, medicamentos e outros suprimentos na ocorrência de eventos extraordinários que afeta a população, como as fomes coletivas decorrente de uma grande seca.

A teoria seniana de desenvolvimento, conforme brevemente explicitado, aposta na liberdade substantiva dos indivíduos como motor propulsor do desenvolvimento do país. Porém, a expansão das liberdades individuais para atingir o fim que se deseja envolve uma grande estrutura que deve ser montada para garantir uma plena e material liberdade à população que, de fato, não se dá simplesmente por uma disposição constitucional em que garante a todos o direito de fazer e exercer o que bem entender melhor para si. Na verdade, para que todos tenha de fato ampla liberdade de escolha individual, deve-se, primeiramente, garantir que todos tenha as mesmas condições para efetuar uma escolha de vida.

Nesse sentido, Sen aponta que a primeira necessidade que se manifesta é em retirar os agentes inibidores da liberdade, ou seja, a remoção das “principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva do Estado”.<sup>100</sup> Dessa maneira, não há como se falar em liberdade substantiva se um sujeito está impedido de ser livre em razão da usurpação que lhe fora feito do direito de

---

93 *Ibidem*, p. 57.

94 *Ibidem*, p. 58.

95 *Ibidem*, p. 59.

96 *Ibidem*, p. 59.

97 *Ibidem*, p. 59.

98 *Ibidem*, p. 60.

99 *Ibidem*, p. 60.

100 *Ibidem*, p. 16-17.



gozar, utilizar e usufruir da liberdade em virtude de amarras que o prendem a um estado individual e social de carência e escassez.

Aquele que passa fome e tem negado o direito a uma nutrição digna e/ou não lhe é oportunizado ter acesso a água ou saneamento básico vive em uma profunda ausência de liberdade, tendo em vista o cenário que lhe é imposto, pois antes de qualquer escolha que possa fazer, deve antes tentar sobreviver. Ademais, há restrições na liberdade em razão da “carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais”.<sup>101</sup> Bem como observa-se, ainda, a violação de liberdades àqueles que são impedidos de participar da vida social, política e econômica da sociedade, seja pela negação dos direitos democráticos de participação civil e política, como em regimes autoritários, ou seja por uma força sistêmica de exclusão social e construção de uma fronteira permanente de marginalização.

Portanto, deve-se, parafraseando Flávio Pansieri, garantir igualdade ao nascer para depois assegurar liberdade no viver<sup>102</sup>, haja vista que só se atinge a liberdade individual se for concedido à pessoa as condições mínimas para se desenvolver como agente capaz de transformar sua própria realidade.

A imbricação dos direitos sociais e sua concretização com a teoria de Sen aparece como, além de assegurar a real efetivação do “desenvolvimento como liberdade”, um instrumento necessário para engrenar um país emergente e com abismo socioeconômico gritante em um processo de desenvolvimento substantivo que priorize o bem-estar da população.

## 2. DIÁLOGO ENTRE AMARTYA SEN E J. J. GOMES CANOTILHO

Nesse cenário desenvolvimentista proposto por Amartya Sen, surge uma necessária reflexão acerca do constitucionalismo positivado, observando-o tanto como propulsor dos direitos fundamentais quanto como força estabilizadora da ordem jurídica institucional para o desenvolvimento social, econômico e político do país. Com isso, em uma tentativa de correlacionar o aspecto econômico e jurídico-constitucional, adiciona-se à teoria do desenvolvimento como liberdade a abordagem teórica de Canotilho acerca do princípio da democracia econômica, social e cultural.

A partir da Lei Fundamental alemã, o *princípio da socialidade* passou a integrar o núcleo firme do conceito de Estado Constitucional democrático de quase todos os países europeus. De nomenclatura distinta, o referido princípio é enunciado linguisticamente como princípio da democracia econômica, social e cultural na Constituição portuguesa, estando explicitamente previsto em seu art. 2º.

O princípio da democracia econômica, social e cultural possui, segundo Canotilho, duas dimensões. A primeira é relativa a uma dimensão teleológica, sendo, portanto, “um objetivo a [se] realizar no contexto de um processo público aberto – ‘Estado social como processo’ -, e, por isso, apresenta-se como um fim do Estado”. Já a segunda dimensão diz respeito a uma “dimensão impositivo-constitucional, pois muitas das suas concretizações assentam no cumprimento de fins e tarefas por parte de órgãos de entidades públicas”. Por conseguinte, esta última dimensão consubstancia como um *mandamento constitucional juridicamente vinculativo* que, sob o papel de instrumento de conformação social “impõe *tarefas ao Estado* e justifica que elas sejam tarefas de conformação, transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais, de forma a promover a igualdade real”.<sup>103</sup>

Nesse sentido, sob visão canotilhiana, considera-se o princípio da igualdade como *princípio de justiça social*, de modo a garantir a “igualdade de oportunidades (Equality of opportunity) e de condições reais de vida” em consonância com o objetivo de assegurar a liberdade real ou liberdade igual (*gleiche Freiheit*).<sup>104</sup> A interseção e interdependência entre os princípios da liberdade e da igualdade é reflexo da indissociável relação entre os direitos sociais, econômicos e culturais com os direitos de liberdades, de modo que aqueles pressupõe existência da liberdade para exercer e reclamar os direitos de sua linhagem, enquanto este está ligado a *referentes* da estrutura social, econômica e cultural que viabilizam o exercício real da liberdade.<sup>105</sup>

Sob este marco teórico de Canotilho, a *liberdade igual*, em consonância com o conceito de igualdade real esculpido no art. 9º.d da Constituição da República portuguesa de 1976, impõe-se a necessidade de distribuição/redistribuição dos “bens sociais” (entre classes e estratos das populações; entre nações e entre

101 *Ibidem*, p. 17.

102 PANSIERI, Flávio. **A Liberdade no Pensamento Ocidental**. Belo Horizonte: Forum, 2018.

103 CANOTILHO. *Op. cit.*, p. 337-338.

104 *Ibidem*, p. 430.

105 *Ibidem*, p. 480.

gerações) para a possibilidade de todos terem acesso ao pleno desenvolvimento de sua liberdade.<sup>106</sup> Com essa imbricação entre igualdade e liberdade, busca-se a efetiva concretização de direitos sociais, integrado a ideia de *igual dignidade social*<sup>107</sup>:

Sarlet, compartilhando mesmo entendimento, atribui caráter subjetivo ao direito de igualdade, no qual o indivíduo pode exigir, além de uma perspectiva negativa que consiste na proibição de tratamento discriminatório, medidas de perspectivas positivas relacionadas a prestações que “afastem desigualdades de fato e promovam a sua compensação, ou seja, de políticas de igualdade e mesmo de políticas de ações afirmativas pode ser reconduzida à função positiva (prestacional) da igualdade, que implica um dever de atuação estatal”<sup>108</sup> na produção de políticas públicas para garantir uma igualdade de oportunidades.

Desse modo, ao utilizar-se do pensamento de Robert Alexy esculpido na obra *Theorie der Grundrecht*, Sarlet indica a necessidade de uma atividade prestacional estatal como forma de garantir uma liberdade material, que diferente da liberdade liberal de cunho formal ou jurídico, “abarca uma liberdade econômica-social, que implica a ausência de barreiras econômicas que tenham por consequência o embaraço ou mesmo impedimento do exercício de alternativa de ação”.<sup>109</sup>

Com uma certa aproximação conceitual, José Afonso da Silva desmembra a liberdade em duas dimensões. A primeira é a denominada *liberdade interna* que se relaciona com a autonomia de vontade na qual o sujeito possui; é o livre-arbítrio. Já a segunda dimensão é a *liberdade externa ou objetiva* que “implica no afastamento de obstáculos ou de coações, de modo que o homem possa agir livremente”<sup>110</sup>, também podendo se falar em *liberdade de fazer*.

Complementando sua teoria, o autor ainda sugere uma definição mais profunda de liberdade, na qual “consiste, em suma, num processo dinâmico de *liberação* do homem de vários obstáculos que se antepõem à realização de sua personalidade: obstáculos naturais, econômicos, sociais e políticos”, de modo que é “função do Estado promover a liberação do homem de todos esses obstáculos”.<sup>111</sup> Nesse sentido, Manuel García-Pelayo destaca que: “(...) a experiência histórica tem mostrado que não é o Estado o único que oprime o desenvolvimento da personalidade; (...) as mesmas liberdades liberais estão condicionadas em sua realização a situações e poderes extraestatais. Tais poderes podem ser de índole muito diversa; por exemplo, raciais, eclesiásticos etc., e variáveis segundo os países; mas de um modo geral e comum se destacam os poderes econômicos. (...) Interessa em primeiro lugar liberar os grupos que estamos aludindo [os sujeitos], pois são eles, e não o Estado, que sentem como obstáculo imediato para o desenvolvimento de sua personalidade”.<sup>112</sup>

Dessa forma, não se deve pensar em liberdade sem antes analisar meios para retirar obstáculos que impedem a sua efetivação plena e substancial. Surge, portanto, a necessidade de maximizar a concretização de direitos sociais para a diminuição da desigualdade e a promoção de uma igualdade de oportunidades. E, para tanto, é a figura do Poder Público, sob as diretrizes e mandamentos constitucionais, que deve intervir nos “territórios sociais que antes permaneciam à sua margem, o que indubitavelmente produz lesões a liberdades até então consideradas intangíveis”.<sup>113</sup>

Remonta-se, nesse ponto, ao discurso de Franklin Delano Roosevelt de 11 de janeiro de 1944, no qual, ao dirigir-se aos congressistas, proclamou a necessidade de se realizar o denominado *The Second Bill of Rights*, no qual mostrou a nação norte-americana o desejo que possuía e compartilhava com líderes da Frente Aliada<sup>114</sup> pela busca de uma paz perpétua, no qual seria possível apenas através da *segurança*, não apenas segurança física, mas “a segurança econômica, a segurança social e a segurança moral em uma família de nações”<sup>115</sup>. Adiante, Roosevelt profere uma das frases políticas mais marcantes do século XX. Ao afirmar que “a liberdade para viver sem medo está eternamente ligada a liberdade para viver sem miséria”<sup>116</sup>,

106 *Ibidem*, p. 480.

107 Nos termos do autor, o princípio “(...) funciona não apenas como fundamento antropológico-axiológico contra discriminações, objectivas ou subjectivas, mas também como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão)”. *Ibidem*, p. 430-431.

108 SARLET. *Ob. cit.*, p. 580.

109 *Ibidem*, p. 485.

110 DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 233.

111 *Ibidem*, p. 235-236.

112 *Ibidem*, p. 236.

113 *Ibidem*, p. 236.

114 Coalisão política-diplomática-militar composta na Segunda Guerra Mundial que tinha os EUA, a URSS, China e Reino Unido como membros.

115 ROOSEVELT, Franklin Delano. **State of the Union Message to Congress**. January 11, 1944. Disponível em: [http://www.fdrlibrary.marist.edu/archives/address\\_text.html](http://www.fdrlibrary.marist.edu/archives/address_text.html). Acesso em: 29 ago. 2023.

116 ROOSEVELT, *Ob. cit.*, p. 2.

complementa dizendo: “Chegamos a uma clara compreensão de que a verdadeira liberdade individual não pode existir sem segurança e independência econômicas. “Os homens necessitados não são homens livres”. Pessoas com fome e desempregadas são a matéria-prima de que são feitas as ditaduras”.<sup>117</sup>

Assim, a abordagem liberdade-igualdade e sua relação interdependente é relevante para a demonstração da importância dos direitos sociais para a persecução da concretude da liberdade individual, que, sob o enfoque seniano, é imprescindível para a o desenvolvimento de um país. Dirimir desigualdades através da democratização do acesso à saúde, educação, cultura etc. põe sujeitos de mais distintas condições sociais e econômicas em um ambiente suscetível para utilizarem e, com isso, usufruírem da sua liberdade em busca do desenvolvimento pessoal e do aprimoramento de suas capacidades. Todavia, não atingindo esse cenário, a não interferência estatal, com o fim de viabilizar a igualdade material, promover-se-á um estado de barbárie absoluto.

Em um cenário permeado por violências – física (falta de segurança e violência), política (desigualdade política, fragilidade democrática e déficit de representatividade) e social (pobreza e desigualdade socioeconômica) -, no qual aponta para um Estado que ainda não concluiu um projeto bem sucedido de Estado de direito, Estado democrático e Estado social<sup>118</sup>, a concretização dos mandamentos constitucionais sociais assume papel primordial para instauração de políticas públicas sociais e da confecção de um ordenamento normativo social que busca, a partir da superação desse estado violento, assegurar aos indivíduos as suas liberdades. Em síntese, Michael Bakunim explica: “Estamos convencidos de que a real conquista da liberdade, da justiça e da paz no mundo será impossível enquanto a imensa maioria das populações forem destituídas da propriedade, privadas de educação e condenadas à não existência política e social e a escravidão de fato, senão de jure, por meio de seu estado de miséria, bem como sua necessidade de trabalhar sem descanso ou lazer, produzindo toda a riqueza em que o mundo está se gloriando hoje, e recebendo em troca apenas uma pequena porção dificilmente suficiente para seus pão diário”.<sup>119</sup>

Assim, a liberdade substantiva, sob enfoque seniano, é a principal forma para atingir e avaliar o desenvolvimento de um país, contudo, só será atingido o ápice do desenvolvimento após um ativo papel do Estado quanto ao fornecimento e a concretização de condições mínimas para a desenvoltura do sujeito como agente modificador da realidade – leia-se concretização dos direitos sociais. Isto é, políticas públicas intensa na promoção efetiva dos direitos sociais será recompensado com uma maior nível de desenvolvimento nacional, tendo em vista que, sob ponto de vista do economista Amartya Sen, a viabilização de condições que assegure aos indivíduos a possibilidade de potencializar suas capacidades os farão atingir a liberdade substantiva e, com isso, elevará os índices socioeconômico do país.

Nesse sentido, a Constituição portuguesa e a brasileira se aproximam ao definir como objetivo constitucional a atuação não tímida do poder público com escopo de dirimir desigualdades e construir um projeto de igualdade material. Analogicamente, o princípio da democracia econômica, social e cultura pode ser encontrado no art. 3º da Constituição de 1988, na qual lista como objetivos fundamentais da República Federativa a erradicação da pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Não obstante, o art. 170 afirma que a ordem econômica brasileira possui como escopo assegurar a existência digna de todos conforme os contornos da justiça social, além do dever de redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII).

Dessa maneira, o Estado brasileiro, assim como o português, se converte em um *estado socialmente vinculado*<sup>120</sup> no qual se “justifica e legitima a intervenção econômica constitutiva e concretizadora do Estado nos domínios econômicos, cultural e social (‘realização e concretização de direitos sociais’).<sup>121</sup> Assim, a ordem econômica constitucional brasileira, entendida a partir do princípio da unidade, na qual não se deve ler as disposições econômicas separadas do todo constitucional, de modo que “a apreciação e a identificação das normas que integram a Constituição Econômica material devem desenvolver-se a partir da realidade constitucional e não a partir do sistema econômico”, deve ter como núcleo rígido de toda sua conformação a dignidade da pessoa humana<sup>122</sup>: “A concepção da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento

117 *Ibidem*, p. 7.

118 CANOTILHO, J.J. Gomes. O Estado Adjetivado e a Teoria da Constituição. In: **Revista da Procuradoria-Geral do Rio Grande do Sul**, v. 25, n. 56, jul/dez., 2002, p. 5.

119 BAKUMIN, Michael. **Federalism, Socialism and Anti-Theologism**. Speech Delivered in September 1867. Disponível em: <https://www.marxists.org/reference/archive/bakunin/works/various/reasons-of-state.htm>. Acesso em: 29 ago. 2023.

120 CANOTILHO. *Ob. cit.*, p. 341.

121 *Ibidem*, p. 341.

122 ALMEIDA, Dean Fábio Bueno de. **Direito Constitucional Econômico**: Elementos para um Direito Econômico brasileiro de Alteridade. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 102.



*da personalidade pode estar na origem de uma política de realização dos direitos sociais activa e comprometida ou de uma política quietista e resignada consoante se considere que, abaixo de um certo nível de bem-estar material, social, de aprendizagem e de educação, as pessoas não podem tomar parte na sociedade como cidadãos e, muito menos, como cidadãos iguais*".<sup>123</sup>

Logo, um planejamento econômico nacional deve levar em conta a concretização e ampliação dos direitos sociais, tendo em vista não só o cumprimento de uma imposição constitucional, mas também como maneira de permitir o gozo dos direitos individuais, pois, como afirma José Afonso da Silva, "na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condições mais compatíveis com exercício efetivo da liberdade".<sup>124</sup> Essa lógica é também sustentada por Sen: "As disposições sociais podem ter importância decisiva para assegurar e expandir a liberdade do indivíduo. As liberdades individuais são influenciadas, de um lado, pela garantia social de liberdade, tolerância e possibilidade de troca e transação [economia de mercado]. Também sofrem influência, por outro lado, do apoio público substancial no fornecimento de facilidades (como serviços básicos de saúde ou educação fundamental) que são cruciais para a formação e o aproveitamento das capacidades humanas".<sup>125</sup>

Portanto, a importância de assegurar a execução dos direitos sociais é percebida, primordialmente, como o principal meio de assegurar às pessoas o uso de sua liberdade civil e política e, de fato, o exercício de sua cidadania dentro da comunidade. Uma população carente do direito à educação, por exemplo, põe em risco o próprio desenvolvimento político-econômico do país, haja vista que os indivíduos terão reduzida a sua capacidade de agente político ativo.

Especificamente nesse assunto, chama atenção, tanto pelo conteúdo, como pelo contexto histórico-político e pelo desfecho, da decisão tomada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*.<sup>126</sup> O que mais marcou a decisão do colegiado, com divergências de quatro juízes, foi a afirmação de que o direito à educação não seria direito fundamental protegido pela Constituição norte-americana.<sup>127</sup> Não obstante, é mister destacar os votos dissidentes do Justice White e Marshall. Aquele primeiro aponta a educação como direito fundamental e como principal ferramenta para assegurar aos indivíduos a sua plena participação na vida política e social, de modo que, sem ela, os direitos elencados na 1ª. Emenda da Constituição (que assegura as (o direito de) liberdades) não poderiam ser realizados.<sup>128</sup> Já Marshall, ao afirmar que "a pobreza pessoal pode acarretar o mesmo estigma social que historicamente é atribuído a certos grupos raciais ou étnicos"<sup>129</sup>, ressalta o papel da educação como motor de inclusão social e superação de desigualdades<sup>130</sup>, permitindo, assim, o melhor desenvolvimento pessoal do indivíduo como figura central da vida política e econômica da sociedade.

Dessa forma, a concretização dos direitos sociais, pois, indo mais além, torna-se pressuposto necessário para o fortalecimento da democracia, de modo que o exercício desta requer que os direitos e as liberdades políticas estejam sendo plenamente exercidos, sem amarras ou impedimentos: "Uma democracia

---

123 CANOTILHO. *Ob. cit.*, p. 474.

124 DA SILVA. *Ob. cit.*, p. 289.

125 *Ob. cit.*, p. 236.

126 Em síntese, esta decisão, considerada uma das piores da história dessa Corte (SACHS, Andrea. The Worst Supreme Court Decisions Since 1960. **TIME**, Nova York, 6 out. 2015. Disponível em: <https://time.com/4056051/worst-supreme-court-decisions/>. Acesso em: 29 ago. 2023), versava sobre a (in)constitucionalidade do sistema de financiamento das escolas públicas primárias e secundárias no Texas. Alegava-se que a forma de divisão do dinheiro público gerava extrema desigualdade sócio-racial-econômica entre dois diferentes distritos escolares, haja vista ser este financiamento baseado em um imposto sobre propriedade. Assim, as propriedades mais pobres possuíam menos recursos investidos na educação pela baixa arrecadação, de modo que o sistema de tributação do Texas favorecia os mais ricos.

127 Segue trecho do voto: "nem o sistema de financiamento escolar do Texas interfere inadmissivelmente no exercício de um direito ou liberdade "fundamental". Embora a educação seja um dos mais importantes serviços prestados pelo Estado, ela não se enquadra na categoria limitada de direitos reconhecidos por esta Corte e garantidos pela Constituição. Mesmo que algum quantum identificável de educação tenha o direito de proteção constitucional para tornar significativo o exercício de outros direitos constitucionais, aqui não há nenhuma demonstração de que o sistema do Texas falha em fornecer as habilidades mínimas básicas necessárias para esse propósito" (EUA. Supreme Court of the United States. **San Antonio Independent School District v. Rodriguez**, 411 U.S. 1 (1973), Washington D.C., 21 de março de 1973, p. 2-35).

128 "Aqui, não pode haver dúvida de que a educação está intimamente ligada ao direito de participar do processo eleitoral e aos direitos de liberdade de expressão e associação garantidos pela Primeira Emenda. Sendo assim, qualquer classificação que afete a educação deve ser submetida a um escrutínio judicial estrito, e uma vez que até mesmo o Estado admite que o regime legal agora diante de nós não pode passar no teste constitucional sob este padrão mais estrito de revisão, posso apenas concluir que o esquema de financiamento escolar do Texas é constitucionalmente inválido" (*Ibidem*, p. 63).

129 *Ibidem*, p. 121.

130 "Eles buscam, no entanto, o fim da discriminação estatal resultante da distribuição desigual da riqueza tributável da propriedade do distrito que prejudica diretamente a capacidade de alguns distritos de fornecerem a mesma oportunidade educacional que outros distritos podem oferecer com o mesmo ou até substancialmente menos esforço fiscal. A questão é, em outras palavras, uma questão de discriminação que afeta a qualidade da educação que o Texas escolheu para fornecer a seus filhos; e, a questão necessária aqui é que a importância deve ser atribuída à educação para fins de análise de proteção igualitária dessa discriminação." (*Ibidem*, p. 116).

*não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. A democracia só é um processo ou procedimento justo de participação política se existe uma justiça distributiva no plano dos bens sociais. A juridicidade, a sociabilidade e a democracia pressupõem, assim, uma base jusfundamental incontornável, que começa nos direitos fundamentais da pessoa e acaba nos direitos sociais”.*<sup>131</sup>

Conclui-se, portanto, que o esforço para a concretização dos direitos sociais é fator permissivo para o próprio exercício das liberdades individuais, devendo-se adotar “medidas existenciais para os indivíduos e grupos que, em virtude de condicionalismos particulares ou de condições sociais, encontram dificuldades no desenvolvimento da personalidade em termos econômicos, sociais e culturais”.<sup>132</sup> As condições socioeconômicas, em verdade, podem-se afirmar como pressupostos necessários para o exercício da liberdade, pois, sem a existência de uma rede social inclusiva que ponha em paridade, por meio da equalização de oportunidades e minimização de privações, os indivíduos, viver-se-á em uma ilusão de que todos são livres, sabendo-se, contudo, que a grande maioria não possui sequer a opção, diga-se o direito fundamental, de comer<sup>133</sup>, o que dirá então o direito de desenvolver livremente sua personalidade.<sup>134</sup>

## CONCLUSÃO

O diálogo entre Sen e Canotilho evidencia-nos uma conclusão clara: a liberdade necessita dos direitos sociais para que seja real. Isto é, não se pode elaborar uma assertiva de que as pessoas são livres ou que possuem liberdade para realizar o que quiserem se a grande parcela delas estão em condições de precariedade e carência que as impedem de ir em busca da concretização da sua personalidade e do que lhes desejam.

A liberdade, nesse contexto, deve ser lida e entendida amalgamada com o princípio da igualdade e do conceito da justiça social. O resultado dessa imbricação, denominado liberdade igual, é o entendimento de que, assim como por muitos anos – e de forma correta – divulgou-se que os direitos sociais, a partir das reclamações proletárias e das camadas mais pobres, emergiu como norma no direito em razão de que a liberdade política permitiu que representantes desses grupos pudessem ser eleitos e, assim, legislar sobre pautas sociais, deve-se observar que o exercício das liberdades, nomeadamente aqui a política, só pode ser exercida, de forma realmente livre e sem vícios, com a concretização dos direitos sociais.

Pois os direitos sociais se consubstanciam, além da prestação de direitos de cunho econômico, social e cultural, como meio dos cidadãos de desenvolverem sua personalidade, seus pensamentos e sua capacidade intelectual para que possam, de fato, exercerem a cidadania dentro da comunidade e, principalmente, atingirem os desejos, metas e vontades que possuem.

---

131 CANOTILHO, J. J. Gomes. O Direito Constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”). In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (org.). **Direitos Fundamentais Sociais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 19.

132 CANOTILHO. *Ob. cit.*, p. 342.

133 Segundo pesquisa realizada pela Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (Rede Penssan) em 2020, mais de 116 milhões de brasileiros não têm comida suficiente ou passam fome. Esse número corresponde a aproximadamente 55% da população do país. (REDAÇÃO. Mais de 116 milhões de brasileiros não têm comida suficiente ou passam fome, diz pesquisa. In: **Istoé Dinheiro**, 06/04/2021. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/mais-de-116-milhoes-de-brasileiros-nao-tem-comida-suficiente-ou-passam-fome-diz-pesquisa/>. Acesso em: 29 ago. 2023).

134 Em outras palavras, cita-se uma pequena anedota feita por Fernando Nogueira da Costa: “Diz a sabedoria popular que “não se deve dar o peixe, mas ensinar a pescar”. Entretanto, o bom senso indica que, em casos de fome, deve-se sim “dar o peixe”, para o faminto ter as condições mínimas de aprendizagem. Também não se consegue capacitá-lo a pescar sem dar-lhe crédito para comprar a vara, linha e anzol, ou até mesmo um barco. Tudo isso sem um rio piscoso – um ambiente institucional e macroeconômico propício a microempreendimentos – não adianta muita coisa...” (COSTA, Fernando Nogueira da. In: **Folha de São Paulo**, 08/11/01. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0811200105.htm>. Acesso em: 29 ago. 2023.

## **A CRISE DA TUTELA DOS DIREITOS SOCIAIS NO MARCO DA LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRA<sup>135</sup>**

### **THE CRISIS OF THE PROTECTION OF SOCIAL RIGHTS IN THE FRAMEWORK OF LEGISLATION BRAZILIAN CONSTITUTIONAL AND INFRACONSTITUTIONAL**

**Thereza C Nahas<sup>136</sup>**

**RESUMO:** Diante das várias discussões sobre decisões judiciais conflitantes e natureza jurídica das relações de trabalho há várias questões inquietantes que reclamam uma resposta concreta para efetiva tutela do trabalhador. É necessário compreender o contexto, inclusive histórico, do direito do trabalho nacional e qual a extensão com que a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais regulamentam as relações entre o capital e o social.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direitos fundamentais CLT. Proteção e desproteção do trabalho. Relações jurídicas sociais e econômicas.

**ABSTRACT:** In view of the various discussions about conflicting judicial decisions and the legal nature of labor relations, there are several disturbing questions that demand a concrete answer for effective worker protection. It is necessary to understand the context, including historical, of national labor law and the extent to which the Federal Constitution and infraconstitutional norms regulate the relations between capital and society.

**KEYWORDS:** Fundamental rights. CLT. Protection and unprotection of work. Social and economic legal relations.

#### **INTRODUÇÃO**

O reconhecimento de direitos decorre da necessidade que acode a certos grupos sociais e resulta da reação destes grupos que, em situação de desvantagem necessitam de proteção. Assim que Boaventura Santos<sup>137</sup> quando analisa os direitos humanos, além da visão crítica que se deita sobre o tema, assinala o caráter mundialmente hegemônico destes direitos alertando para o fato de merecerem uma reflexão profunda e mais além da comemoração de haverem conseguido um selo global. Isso porque, quando não há discordância alguma sobre um tema, especialmente desta grandeza, há que ter uma visão contra-hegemônica, até porque, não obstante haver um consenso sobre a necessidade de se tutelar e respeitar

---

<sup>135</sup> Investigación realizada en el marco del proyecto de investigación “La regulación de la formación para el empleo ante el reto de la transición digital, ecológica, territorial y hacia la igualdad en la diversidad” (CIGE/2022/171), financiado por la Conselleria de Educació, Universidades y Empleo de la Generalitat Valenciana.

<sup>136</sup> Pós-Doutora e Doutora pela Universidad Castilla La-Mancha (campus Albacete/Espanha); Doutora pela PUC/SP; Acadêmica titular da Cadeira nº43 da ABDT; Juíza do Trabalho (TRT/SP); Membro da Academia Iberoamericana de Direito do Trabalho e Seguridade Social; Professora colaboradora da Universitat Oberta de Catalunya; Professora Visitante na Faculdade de Direito de Milão no programa de doutorado; Professora visitante na PUC/RS e Professora convidada na PUC/SP. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2361402097260893>; membro da Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; email: [tnahas70@gmail.com](mailto:tnahas70@gmail.com).

<sup>137</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos Humanos**. Gramado/RS, 2012 (24/8/2014). Disponível em: <https://youtu.be/L3OFA-15Udk>. Acesso em: 11 set. 2023.

diretos humanos a maioria da população do mundo não é detentora de direitos humanos, ao contrário, são *objeto* de direitos humanos e não *titular* em concreto de direitos humanos. Veja por exemplo, a notícia da Organização de Refugiados na ONU (daqui em diante por sua sigla, UNHCR/ACNUR) que ressalta que 50 milhões de crianças no mundo sofrem de desnutrição, situação esta que é incompatível com o discurso global sobre estes direitos.<sup>138</sup>

Segundo dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o quadro da situação dos direitos fundamentais do trabalho no mundo antes da pandemia (dados de 2016), não é melhor: 152 milhões de crianças estavam em situação de trabalho infantil; 25 milhões de homens, mulheres e crianças estavam em situação de trabalho escravo; 40% da população vive em países que não ratificaram a convenção 87 ou a 98 sobre liberdade sindical e em muitos países que ratificaram tais documentos, este direito segue desprotegido; 20,5% é o percentual da brecha salarial e em muitos países as mulheres estão excluídas de determinadas ocupações; centenas de milhões de pessoas sofrem discriminação no mundo do trabalho por razões de sexo, raça, religião, opinião política, ascendência nacional, origem social, incapacidade, orientação sexual, estado de soropositivo entre outros fatores.<sup>139</sup>

Segundo dados do Instituto de Geografia e Estatística Brasileiro (IBGE) em 2012 o Brasil chegou ao maior nível de pobreza (26,5%) e a partir de 2015 com a crise econômica e a redução do mercado de trabalho, embora quase um milhão de pessoas tenha deixado a linha da pobreza extrema, isto é, aqueles que vivem com rendimento inferior a 5,5U\$ ao dia, não houve uma mudança de tendência. Não obstante, os pacotes de ajudas econômicas implementados no início da pandemia, ajudaram a conter o aumento da pobreza, passando a constituir metade da renda das famílias. Não obstante, o País apresenta problemas estruturais não houve uma complementação de programas e políticas públicas que possam exterminar ou reduzir as desigualdades: *“Apesar dos grandes ganhos de décadas anteriores, ainda existem profundas disparidades econômicas no Brasil. Os grupos populacionais historicamente pobres continuam altamente vulneráveis. Quase três em cada dez pessoas pobres são mulheres afrobrasil-leiras que vivem em áreas urbanas. Três quartos de todas as crianças que vivem em áreas rurais são pobres. Os moradores da parte norte do país continuam atrás do resto do Brasil nas dimensões monetárias e não monetárias do bem-estar. Os estados do Norte têm taxas de pobreza 2,7 vezes maiores do que os estados do Sul e renda per capita média cerca de 52% menor; a população adulta tem 1,5 anos a menos de escolaridade e o acesso das pessoas ao saneamento e à água é 8 pontos percentuais menor”*.<sup>140</sup>

Daí que Arión Romita<sup>141</sup> assinala que os direitos sociais apresentam uma *“inegável característica de relatividade: enquanto os direitos fundamentais do indivíduo assistem ao homem eterno e imutável, os direitos sociais dizem respeito ao homem historicamente determinado pelas condições de existência vigentes em determinado momento. De direitos sociais são titulares pessoas que apresentam não só o status fundamental de cidadãos (aos quais são assegurados os direitos e garantias as individuais) mas também a particular feição de trabalhadores subordinados”*.

A questão social se refere, justamente, ao conflito social. Foi Leão XIII o primeiro pensador a trazer o tema, observando que os operários se encontravam em uma situação intolerável, sendo tratados como mercadorias. O século XX ficou marcado como o início da tentativa de se tratar da questão social, propondo-se um caminho que pudesse propor uma solução pacífica para estes conflitos. O segundo caminho a seguir que se propôs foi o da luta, isto é, adotar ações que se mostrassem como a prevalência da classe operária sobre a burguesia.

Pode-se dizer que o marco da tutela dos direitos sociais e os conflitos que decorriam da questão social começou a ser solucionada quando foi instituído a Organização Internacional do Trabalho (daqui por diante, por sua sigla OIT) que teve por objetivo a pacificação social, estabelecendo, para tanto, uma composição tripartite. A formação de consciência de classe serviu para consolidar o que veio a ser inserido na Declaração de Direitos Humanos, tanto no âmbito Europeu como americano.

138 PAIA, Deslange. **Moradora da Zona Sul de SP passa a criar galinhas para não precisar comprar ovos e ter que comer: “carne? Nem sei mais o que é isso”**. G1 São Paulo. Disponível em: [https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/05/24/moradora-da-zona-sul-de-sp-passa-a-criar-galinhas-para-nao-precisar-comprar-ovos-e-ter-o-que-comer-carne-nem-sei-mais-o-que-e-isso.ghtml?utm\\_source=email&utm\\_medium=newsletter&utm\\_campaign=g1](https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/05/24/moradora-da-zona-sul-de-sp-passa-a-criar-galinhas-para-nao-precisar-comprar-ovos-e-ter-o-que-comer-carne-nem-sei-mais-o-que-e-isso.ghtml?utm_source=email&utm_medium=newsletter&utm_campaign=g1). Acesso em: 27 jul. 2022.

139 ILO. **Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (2022)**. Disponível em: <https://www.ilo.org/declaration/lang-es/index.htm>. Acesso em: 26 jul. 2023.

140 The World Bank. **Relatório de Pobreza e Equidade no Brasil: Mirando o Futuro após duas crises**. Disponível em: <https://www.worldbank.org/pt/country/brazil/publication/relatorio-de-pobreza-e-equidade-no-brasil-mirando-o-futuro-apos-duas-crises>. Acesso em: 27 jul. 2022.

141 SAYAO ROMITA, A. **Temas de Direito Social (1984)**. Rio de Janeiro: Ed Freitas Bastos, p. 57-58.



## 1. ALGUMAS LINHAS SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS

A pergunta que inquieta, num primeiro momento, o que seriam os direitos sociais? Como caracterizar-los? Segundo a UNHCR/ACNUR<sup>142</sup> *“los derechos han evolucionado a lo largo de la historia según las necesidades de cada circunstancia, época y momento histórico. Se han definido y redefinido para velar por el respeto de los principios inherentes a la condición humana. En el caso de los derechos sociales, estos surgen ante la necesidad de cumplir la ley en aquellos aspectos en los que las personas puedan sentirse desprotegidas o en los casos en que carezcan de reconocimiento dentro de su comunidad, población, nación, país, grupo o sociedad. Desde esta perspectiva, el derecho social es netamente reivindicativo, en especial con aquellos colectivos que han sido excluidos por alguna circunstancia social o política: indígenas, niños, afrodescendientes, mujeres, personas con alguna discapacidad y otros grupos minoritarios. O dicho de otro modo, el principal objetivo del derecho social es intervenir en situaciones de exclusión, discriminación, explotación y desigualdad para velar por el reconocimiento de las personas afectadas”*.

Os direitos sociais nascem atrelados ao conceito de sociedade e pregados as necessidades dos grupos sociais. É possível fixar como marco histórico a revolução francesa quando emerge a figura da cidadania, assinalando-se direitos e obrigações especialmente em face do Estado, com a remodelação de diversas Constituições ocidentais. Ganha especial relevo ao final da Segunda Guerra quando se tornou necessária uma proteção de caráter universal com a instituição da Declaração dos Direitos Humanos de 1948 (daqui em diante, por sua sigla DUDH) e, nas Américas, com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 (daqui em diante por sua sigla DADDH).<sup>143</sup> Mais tarde, com a adoção do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (daqui em diante por sua sigla, PIDESC)<sup>144</sup> estes direitos ganharam efetivo reconhecimento passando a serem efetivamente aplicados e desenvolvendo o respeito a direitos mínimos graças as decisões que forem sendo proferidas pelos Tribunais internacionais que delineiam sua interpretação com caráter vinculante aos diversos Países subscritores dos Tratados internacionais.

No contexto interamericano, além da DADDH, convém ressaltar a importância da Convenção Americana de Direitos Humanos (daqui em diante por sua sigla, CADH), aprovada em 1969. Este documento foi produzido sob o fundamento semelhante da DUDH e justificou-se em razão dos eventos históricos de violações e explorações ao ser humano não mais toleradas a partir da primeira metade do século XX na região. Havia um clamor das nações em estabelecer um núcleo duro de direitos a ser cumprido pelos governos americanos, com compromissos de garantir um nível de vida digno às populações, objetivos estes que se vê no preâmbulo da Carta que estabelece o compromisso dos Estados partes em reafirmar um regime de liberdade pessoal e justiça social, assegurando princípios e valores comuns a manutenção das democracias com a garantia da existência de instituições democráticas.

Há direitos que são essenciais ao ser humano e devem ser protegidos pelo simples fato de *SER* pessoa humana. A concepção contemporânea dos direitos humanos apresenta este caráter de indivisibilidade, universalidade e interdependência *“capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais”*.<sup>145</sup>

A partir daí se estabeleceu nas Américas, um propósito de manter bases jurídicas que assegurem a convivência mínima através do estabelecimento de normas constitucionais comuns, inspiradas a partir das normas dispostas da CIDH. O art. 26 da Carta assegura o desenvolvimento progressivo, o qual deve pautar-se no compromisso que os Estados partes assumem, *“tanto a nivel interno como mediante la cooperación*

---

142 UNHCR/ACNUR. *¿cuáles son los derechos sociales y que aplicación tienen?* Disponível em: [https://eacnur.org/blog/cuales-los-derechos-sociales-aplicacion-tienen-tc\\_alt45664n\\_o\\_pstn\\_o\\_pst/](https://eacnur.org/blog/cuales-los-derechos-sociales-aplicacion-tienen-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/). Acesso em: 21 maio 2022.

143“Esta Declaración es, en realidad, la suma de una serie de principios que ya se habían anunciado en documentos previos, como, por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana (1791), El Convenio de Ginebra sobre la esclavitud (1925) y los Códigos de Malinas sobre Moral Internacional (1937). Fue la primera gran referencia sobre principios y derechos humanos a nivel mundial. En el momento de la compilación, tales derechos se clasificaron de la siguiente forma: **Artículos 1 y 2:** Hablan sobre el alcance de los derechos recogidos en la carta, así como de sus beneficiarios. Es una forma de introducir el tema a los lectores y sirven como base para lo que se desglosará en los siguientes apartados. **Artículos 3 al 11:** Constituyen los derechos relacionados con la persona, la libertad, la presunción de inocencia y el libre desarrollo de su personalidad. **Artículos 12 al 17:** Son los derechos del individuo en relación con su comunidad, que por lo general tienen aplicación en su país o lugar de residencia. **Artículos 18 al 21:** Estos artículos recogen derechos relacionados con la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y de libertad política. **Artículos 22 al 17:** Esta categoría engloba los derechos económicos, sociales y culturales de todas las personas para su bienestar. **Artículos 28 al 30:** Por último, este apartado recoge las condiciones y los límites de los derechos enunciados en esta carta. Es decir, trata de los deberes que deben asumir las personas en relación con su contexto y su comunidad” (UNHCR/ACNUR. *Ob. cit.*).

144 O PIDESC foi ratificado pelo Brasil pelo Decreto nº 591 de 6/7/1992.

145 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos: desafios da orden internacional contemporânea*. Caderno de Direito Constitucional (2006). EMAGIS – Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006, p. 8.

*internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.*

A construção da interpretação e jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (daqui em diante, por sua sigla, Corte IDH) relativa a esta importante disposição que não tem regra similar em nenhuma outra Carta da mesma envergadura, tem servido de referência e precedente a jurisprudência de outras Cortes Supranacionais, como as Africana e Europeia, viabilidade esta que decorre da própria inter-relação das Cortes internacionais. Este sistema de supranacionalidade, é construído ao longo dos anos pelo importante trabalho que vem realizando as estas Cortes no que concerne ao controle de convencionalidade das decisões judiciais buscando uma interpretação harmônica e comum às garantias mínimas de natureza social, cultural, econômica, individual e ambiental. A cada dia as fronteiras físicas deixam de existir e os direitos fundamentais vão se concretizando no plano fático e não somente teórico.

Some-se a isso, a importância da jurisprudência da Corte IDH na formação da jurisprudência nacional, orientação esta que é fruto do objeto da Recomendação 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça (daqui em diante por sua sigla, CNJ) e que garante o controle de convencionalidade interno.

Mas, o que interessa é saber como a tutela destes interesses comuns a grupos de trabalhadores tem sido tratadas no contexto nacional, especialmente pelo apego que se tem a Consolidação das Leis do Trabalho (daqui em diante por sua sigla, CLT) em um momento que se discute a necessidade de reformas, inclusive estruturais, do direito do trabalho<sup>146</sup>, bem como que a OIT adverte para as incertezas do mundo do trabalho em razão dos impactos da pandemia e da guerra Russa x Ucrânia, em que já se perdeu a nível global 52 milhões empregos a tempo completo e que as expectativas dos próprios trabalhadores já não se adequam mais as forma tradicionais de trabalho.<sup>147</sup>

## 2. CONSTITUIÇÕES NACIONAIS E DIREITOS SOCIAIS

É necessária uma pequena reflexão sobre a história Constitucional nacional.

A primeira Constituição brasileira é de 1824, publicada em uma época, ainda, imperial. Seu conteúdo destinava-se, prioritariamente, a regulamentação dos poderes estatais e no último título (art. 173 e seguintes) regulamentou-se disposições gerais sobre garantias mínimas aos *Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros*. Não houve qualquer referência a direitos de natureza social, mas unicamente a garantias de natureza individuais.

Em 1891 uma nova ordem impõe a publicação de nova Constituição. A primeira Constituição da República Federativa do Brasil é publicada e traz no título IV a regulamentação sobre os cidadãos brasileiros, conferindo-lhes alguns direitos e estabelecendo uma declaração de direitos (art. 72 e seguintes). Em matéria trabalhista, se vê no art. 72, par. 24, a previsão da garantia ao livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.

Em 1934, nova ordem Constitucional se impõe. Este diploma manteve a prevalência da organização dos Poderes e administrativa do Estado e trouxe o Título III destinado a garantia de direitos, sendo, primeiro os políticos, depois os de natureza individuais e, em seguida e pela primeira vez, no título IV tratou-se da ordem econômica e social (art. 115). A partir do art. 120 tem início a previsão de alguns direitos sociais de natureza trabalhista como por exemplo, sindicatos (art. 120), condições de trabalho, proteção a maternidade e infância, indenização por acidentes do trabalho (art. 121, § 8º) e a criação da justiça do trabalho (art. 122). Previu, ainda, a criação de uma legislação de trabalho com direitos mínimos, entre eles aqueles que

---

146 “Antes del descalabro económico, que inició en 2008, ya estaba en entredicho la capacidad de la regulación del mercado laboral para responder a las exigencias de la vida laboral del siglo veintiuno. Después de la crisis, que aún persiste de una u otra forma en un número de países, se hizo evidente que urgen nuevos modelos. La crisis ha provocado y ampliado cambios en la vida laboral que plantean grandes desafíos a los responsables políticos de todo el mundo: el aumento vertiginoso del desempleo, sobre todo entre los jóvenes; el crecimiento del trabajo cada vez más inseguro; el incremento de los trabajadores pobres; los efectos devastadores de las desigualdades; y la persistente y creciente informalidad, que con frecuencia ofrece empleos de muy baja calidad. Estas tendencias significan que la experiencia real de muchos de los que integran la fuerza de trabajo difiere de los modelos de empleo adoptados por los marcos normativos. Además, las políticas de austeridad impusieron el desmantelamiento de la protección del trabajo sin reconocer los beneficios económicos y sociales de estos marcos” (ILO. **Abordar la compleja realidad del empleo después de la crisis**. Disponível em: [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/comment-analysis/WCMS\\_382789/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/comment-analysis/WCMS_382789/lang-es/index.htm). Acesso em: 27 jul. 2022).

147 “Muchas de las personas que abandonaron la fuerza de trabajo no han vuelto a formar parte de ella, por lo que el nivel de desempleo no refleja del todo las repercusiones de la crisis sobre el pleno empleo” (OIT. **Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo – Tendencias 2022**. Disponível em: <https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/trends2022/lang-es/index.htm>. Acesso em: 28 jul. 2023).

objetivassem melhores condições do trabalhador. São eles (art. 121, § 1º) “a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; b) salário-mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador; c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei; d) 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; e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos; f) férias anuais remuneradas; g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; i) regulamentação do exercício de todas as profissões; j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho”.

A partir daqui as demais Constituições, de 1937, 1946, 1967 e Emenda Constitucional de 1969, mantiveram a previsão de garantia de direitos sociais ao trabalhador, em algumas ocasiões num rol maior ou menor, com uma abrangência mais ou menos elástica, dependendo do momento político do País.

Chamo a atenção para a CF de 1937 que instituiu o Estado Novo e sobre a qual se deitaram várias leis que até hoje vigoram como, por exemplo, a CLT. Foi uma Carta centralizadora, corporativista, inspirada no fascismo italiano e autoritária. Foi apelidada de “polaca” e representou um retrocesso a direitos humanos e sociais, não obstante tenha assegurado direitos mínimos aos trabalhadores e servido de norma reguladora do contrato de trabalho.

Alguns direitos individuais foram assegurados nos art.122 e seguintes e alguns direitos sociais vieram previstos no capítulo que trata da ordem econômica. O art. 139 dispôs sobre a criação da Justiça do Trabalho; e o art. 140 considerou a greve e o *lock-out* recursos antissociais nocivos ao trabalho e a produção. O *caput* deste artigo pode ser apontado como a regra mais cruel ao desenvolvimento das relações de trabalho de natureza individual e coletiva, “Art. 140 - A economia da produção será organizada em entidades representativas das forças do trabalho e que, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos deste e exercem funções delegadas de Poder Público”.

Não seria necessária nenhuma outra regra para concluir pela absoluta ditadura imposta a regulamentação das relações de trabalho e que, até os dias de hoje viabilizam que os trabalhadores se encontrem marginalizados e carentes de proteção social.

É, em 1988, que a geografia da Constituição Federal (daqui em diante por sua sigla, CF) se transforma e se confere maior relevo e importância ao ser humano, com garantias de direitos, deveres e tutela tanto no âmbito individual como coletivo. Pela primeira vez na história Constitucional, houve uma mudança do objetivo do Estado, em que a prioridade seria o ser humano e o Estado deveria servir aos interesses da pessoa humana. Inclusive a divisão da ordem econômica de direitos sociais não só constou em títulos diversos, mas em um espaço que distanciou o social do econômico e da importância da ordem econômica e financeira (art. 170, CF), isso ocorreu sem que se quebrasse a necessária harmonia que deve existir entre estas duas grandes liberdades.

A ordem econômica nacional é fundada em núcleos duros de princípios que moldam sua estrutura, entre eles, a redução das desigualdades regionais e sociais; a busca do pleno emprego e defesa ambiental. Portanto, legislativamente, a CF acaba por amoldar-se aos objetivos e disposições das Cartas Internacionais de tutela a direitos humanos e, em matéria de direito social, cumpre com os objetivos estabelecidos no art. 26 da CADH.

Todavia, o legislador Constitucional de 1988 não conseguiu se desvencilhar de forma definitiva do apego à ordem corporativa de 1988 levando as cláusulas dos contratos de trabalho a nível Constitucional, engessando ainda mais a liberdade e independência das relações entre trabalhador e empregador. Além da questão relativas a direitos individuais, o art. 8º da CF é um verdadeiro pesadelo para alcançar-se a liberdade sindical. Há um forte componente de uma mão intervencionista do Estado e sua crença quanto a incapacidade do trabalhador e das organizações de trabalhadores que justificam a vontade legislativa de tomar decisões pelos trabalhadores, não permitindo que atinja a maioria ou que lute por aquilo que lhes interessa. O contexto histórico Constitucional está tatuado, ainda, pelo momento histórico de quebra da ditadura no País e a vontade do legislador de estabelecer que em hipótese nenhuma o Poder Executivo poderia agir de forma a violar aqueles direitos que foram considerados mínimos e insuscetíveis de sofrerem violações por ação ou omissão do Estado. Daí o rol de direitos e garantias de natureza individual, coletiva e social.

Mas, a reflexão que se deve fazer esta atrelada a conclusão sobre o sistema nacional a respeito da tutela de direitos sociais e fundamentais de natureza trabalhista.

Desde a CF de 1934, passando pela criação dos Tribunais do Trabalho e pela promulgado da CLT em 1943, chegamos na reforma de 2017 e na crise pandêmica com um exagerado rol de normas de natureza trabalhista que despertam opiniões opostas quanto a sua legitimidade e eficiência. Tanto a legislação ordinária como a legislação da crise levam a mesma interrogação: por que as reformas legislativas e propostas aprovadas não são capazes de tutelar de forma equilibrada as relações entre trabalhadores e empregadores? Onde estaria o principal gargalo legislativo (ou de outra natureza) que não permite alcançar o trabalho decente? Seria a CLT a norma tradicionalmente ideal para garantir e viabilizar a realização de direitos sociais? *Reformar* a reforma trabalhista ou simplesmente revogá-la seria o adequado para alcançar o trabalho decente e uma proteção social adequada? É a CLT compatível com as mudanças sociais, econômicas e políticas ocorridas no País e no mundo?

### 3. DIREITOS HUMANOS DO TRABALHO A PARTIR DA TEORIA DE JUAN RASO

Os direitos *do* e *ao* trabalho pertencem a categoria dos direitos humanos. Lembra o Professor Juan Raso<sup>148</sup> que aquela que presta um trabalho entrega a si mesmo, em corpo e espírito e que pelo fato de ser pessoa humana tem direitos mínimos à proteção de direitos de natureza trabalhista bem como a seguridade social. Essa inquestionável máxima, de que o direito do trabalho forma parte do grande leque de direitos humanos fundamentais, desagua na noção de que *“la defensa de ese derecho humano que es el trabajo se retroalimenta inexorablemente con la realización del concepto de trabajo decente”*.

Corolariamente, em razão da titularidade dos direitos do trabalho e ao trabalho, isto é, o ser humano e sua dignidade, é que a dimensão de proteção e trato ganha dimensão internacional, indo além da sua importância histórica, entrelaçando-se transversalmente com questões vinculadas a desigualdade, proteção ambiental, inclusão digital, formação e desenvolvimento econômico.

A desigualdade econômica entre as partes da relação jurídica trabalhista, quais sejam, trabalhador e empregador, permitiu se estabelecesse princípios fundamentais e um nível normativo de grande envergadura justamente para buscar compensar o desequilíbrio da relação entre as partes, mas, por detrás deste grande tema e a posições ideológicas opostas que vão da defesa da empresa até a posição daqueles que pretendem neutralizar o poder do empregador, é que Juan Raso<sup>149</sup> resume a questão a três paradoxos singulares destes direitos fundamentais: *“a) La paradoja entre el alto nivel jurídico de estos derechos y su efectiva aplicación: veremos que existe una tendencia - particularmente acentuada en nuestro continente - que se expresa en el hecho que las normas de mayor jerarquía en materia laboral (Constitución, Convenios de la OIT, Tratados internacionales, etc.) ceden frente a norma locales de menor jerarquía. En muchos casos las reglas de los documentos supranacionales se vuelven mera expresión de retórica; b) La paradoja entre un número creciente de derechos fundamentales reconocidos internacionalmente y una realidad que no construye las condiciones necesarias para otorgar una “garantía de efectividad” a estos derechos. Más altisonantes son los derechos y menos favorables parecen ser las condiciones económicas y sociales necesarias para su implementación. c) La paradoja entre sociedades nacionales que muestran con orgullo reformas “laborales” en claro contraste con los preceptos tuitivos fundamentales del trabajo: un examen de la contratación atípica o de la flexibilización de la normativa laboral es una señal evidente de esta diferencia que se produce entre un discurso retórico de los derechos laborales fundamentales y una realidad que sigue promoviendo la explotación del trabajo en términos duros”*.

É certo que o caminho percorrido pela globalização deve mudar, surgindo debates importantes sobre a democracia e a justiça, pelo que torna-se imprescindível desenvolver a compreensão sobre direitos fundamentais específicos e inespecíficos. Explica Juan Raso<sup>150</sup> que, aqueles primeiros são *“recogidos en las Constituciones y en los grades pactos internacionales, “tienen - al decir de Palomeque - su origen específico o razón de ser (exclusiva o principalmente), obvio es reconocerlo, en el ámbito de las relaciones de trabajo asalariado, de modo que no es posible técnicamente su ejercicio fuera de las mismas. La relación de trabajo, activa o como referencia pretérita o de futuro, se convierte de este modo para aquéllos en presupuesto insoslayable de su nacimiento y ejercicio. Es el caso, así pues, de los derecho específicamente laborales (derechos específicos), de que son titulares los trabajadores asalariados o los empresarios (o las organizaciones de representación y defensa de sus respectivos intereses) en tanto que sujetos de una*

148 RASO DELGUE, Juan. Trabajo Decente y Derechos Humanos Laborales. *Revista de Direito do Trabalho*, nov-dez., 2022, ed. RT, vol. 226/2022, p. 429-450.

149 RASO DELGUE, Juan. *Ob. cit.*, p. 429-450.

150 *Ibidem*, p. 429-450.



*relación laboral (paradigmáticamente, derecho al salario, derecho de huelga, derecho de negociación colectiva, etc.)*.<sup>151</sup> São inespecíficos os direitos fundamentais do trabalho que “se atribuyen con carácter general a los ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos (...) Entre éstos encontramos los derechos a la dignidad, libertad, igualdad, no discriminación, intimidad, etc., que impregnan la vida de la persona también en ocasión de la relación de trabajo”.

Após fazer uma breve regressão quanto ao nascimento dos direitos fundamentais, apontando as revoluções francesa e americana como marcos de reação popular contra o Estado, lembra que os direitos fundamentais do trabalho são uma reação a empresa em que o trabalhador economicamente dependente está em uma condição “incompatible con o principio da igualdad efectiva”.<sup>152</sup> Desta forma o Estado deve intervir para pacificar os conflitos sociais e limitar a vontade do empregador, fixando um conteúdo mínimo a tutela do trabalhador e, ao mesmo tempo, compatibilizar tais regras com o desenvolvimento da produção capitalista.

O caráter atual dos direitos fundamentais deve ter natureza pluridimensional, não somente atingindo a proteção contra a empresa, mas também contra o Estado e aos particulares, constituindo os direitos fundamentais inespecíficos um catálogo aberto para permitir que cada vez se incorporem mais proteções que não se devem esgotar nas reivindicações de grupos sociais, mas sim que possam efetivamente permitir o gozo da liberdade e da igualdade.

No capítulo que trata da gênese dos direitos fundamentais, aponta dois importantes acontecimentos que se produziram na segunda metade do século XX: (i) a constituição mexicana (1917) que trouxe um catálogo detalhado de normas mínimas evitando assim que os legisladores infraconstitucionais produzissem normas com conteúdos inferiores; (ii) a constituição alemã (1919) que estabeleceu princípios e garantias, estabelecendo a obrigação do Estado em zelar pela unidade do direito do trabalho: “*dicha Constitución destaca la importancia de la reglamentación internacional del trabajo y consagra una serie de derechos que el Estado deberá garantizar a los trabajadores: el derecho al trabajo, el deber del Estado de proveer la subsistencia de quienes no puedan acceder al mismo, la organización de seguros sociales, la participación de trabajadores y empleadores en la determinación de los salarios y las condiciones de trabajo*”.<sup>153</sup> Neste mesmo ano é criada a OIT com a organização tripartida que lhe é peculiar e uma Constituição que contem um programa de ação sobre questões que considera fundamentais: (i) horas de trabalho; (ii) regulamentação da contratação da mão de obra, salario digno e prevenção contra o desemprego; (iii) proteção a saúde e doença do trabalhador; (iv) proteção a mulheres, crianças e jovens; (v) pensão por incapacidade e velhice, bem como proteção aos trabalhadores em países estrangeiros; (vi) liberdade sindical; (vii) formação profissional.

Este foi apenas o pontapé inicial para um rol de direitos que cada vez esta mais expandido e foi copiado em diversa legislação de países Europeus e Americanos e ganhou espaço em diversos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, como a CADH e a Convenção sobre Direitos das Crianças (ONU- 1989).

Em 1988 a OIT aprova a Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais que reúne as convenções fundamentais da organização, quais sejam: (i) liberdade sindical e negociação coletiva; (ii) eliminação de trabalho forçado ou obrigatório; (iii) não discriminação; (iv) abolição do trabalho infantil.<sup>154</sup>

No capítulo 5, nominado de direitos fundamentais: teoria e realidade, chama a atenção para o fato de que o grande desafio dos tempos atuais não é mais promover o reconhecimento dos direitos fundamentais do trabalho, mas tornar-los efetivos: “*un derecho - por más fundamental que sea -, pero que solo se limitara a ser una afirmación retorica, no sería en definitiva un verdadero derecho, una real regla con auténtico valor normativo*”.<sup>155</sup>

No último capítulo do seu estudo, Juan Raso, lembra que o avanço da tecnologia e da inteligência artificial afeta diretamente questão trabalhista e os direitos que foram conquistados e que é importante que se

151 *Ibidem*, p. 429-450.

152 *Ibidem*, p. 429-450.

153 *Ibidem*, p. 429-450.

154 Importa frisar que o seguimento da declaração de princípios e direitos fundamentais aprovada em 2022 acrescentou um quinto compromisso dos Estados que é a obrigação que cada membro tem garantir um meio ambiente de trabalho seguro e saudável. (ILO. **Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (2022)**. Disponível em: <https://www.ilo.org/declaration/lang-es/index.htm>. Acesso em: 26 jul. 2023).

155 RASO DELGUE, Juan. *Ob. cit.*, p. 429-450.

utilize esta tecnologia para realizar e concretizar os direitos fundamentais do trabalho, de modo que toda solução tecnológica deverá respeitar e estar subordinada aquilo que já se conquistou em direitos humanos.

A conclusão é de que por serem os direitos do trabalho direitos humanos, o trabalho decente não deve ser uma retórica ou um programa, mas um objetivo a ser alcançado e concretizado. Há que considerar a importância dos impactos da inteligência artificial nas relações de trabalho e na privacidade do trabalhador e sua família. O direito do trabalho tem a missão de proteger os direitos humanos da atividade trabalhista e, em época de tantas “reformas” faz-se necessário sair em defesa do trabalho digno e do trabalho decente.

#### 4. CORPORATIVISMO E AUTORITARISMO DESMISTIFICANDO A CLT A PARTIR DE ROMITA

Para entender o contexto do corporativismo e autoritarismo da CLT é oportuno partir do estudo publicado por Romita quando analisa 40 anos de vigência da CLT e ao qual devo fazer considerações essenciais. No estudo *Corporativismo e Autoritarismo na CLT*<sup>156</sup> aponta para a necessidade de conhecimento das conexões e estreitamento entre os diversos ramos do conhecimento científico. “O direito se relaciona intimamente com a Sociologia, a Economia, a Moral e a Política. Dos ramos do Direito – à parte o Direito Constitucional – o Direito do Trabalho é, sem dúvida, aquele que mais de perto diz com os fenômenos políticos. A História revela-se pródiga em exemplos de fatos políticos que influenciaram o Direito do Trabalho, assim no exterior como no Brasil. Basta lembrar as Revoluções francesa de 1789 e 1848, lá fora; e as Revoluções de 1930 e 1964 entre nós”.<sup>157</sup>

Lembra que houve a nomeação de uma comissão de juristas para a elaboração da CLT designada pelo Ministro do Trabalho Marcondes Filho em 1942. Os trabalhos foram divididos em duas comissões (trabalho e seguridade social) e em dez meses o anteprojeto estava concluído. A CLT é fruto de dois fatos importantes: (i) a Revolução de 1932; (ii) a CF de 1937. A subida de Getúlio Vargas ao poder inaugurou no Brasil um paternalismo exacerbado. Getúlio tinha pressa de fazer tudo e em pouco tempo e agraciava a todos que cumprissem suas ordens. Toda orientação vinha de cima e todos obedeciam cegamente: “Substituíam-se o Estado aos trabalhadores e aos sindicatos, encampando-lhes o movimento dentro da lei e da ordem, mas sufocando-lhes as livres e espontâneas manifestações reivindicatórias. Duas situações nasciam: o paternalismo estatal. O peleguismo que tão negativas consequências viriam a ter na direção do movimento social brasileiro até hoje, que, com raras exceções perdem a sua autenticidade (...) não escondiam os técnicos do Ministério do Trabalho a adoção desta filosofia paternalista, vendo no trabalhador um permanente tutelado, pelo qual pensavam, e proibiam de pensar criticamente ao que lhe era dado”.<sup>158</sup>

A CF de 1937 instituiu o Estado novo no Brasil e com isso a social-democracia, regime este que se caracterizou por adotar um sistema corporativista, totalitário e ditatorial. A Carta constitucional de 1937 é absolutamente influenciada e inspirada na Carta del Lavoro e em alguns dispositivos “limita-se a traduzir fielmente o texto italiano”.<sup>159</sup> Romita dá exemplos de dispositivos Constitucionais que são traduções da Carta italiana, como o art. 140 que teve a pretensão de instituir o regime econômico social corporativo; e o art. 138 que aufere legitimidade apenas ao sindicato regularmente reconhecido. O Estado corporativo caracteriza-se por constituir-se de uma única vontade que controla todas as forças do País e dirige-se para aquilo que considera os fins essenciais da nação e após fazer um breve digressão pela doutrina corporativa alienígena, observa que o Estado Novo foi coordenado e organizado sobre os ideias propostos por Francisco Campos, Ministro da Justiça que justificou de forma convincente a ditadura e pertinência do modelo implementado e sob o qual o modelo trabalhista foi concretizado e traduzido pela CLT. O discurso do novo poder exaltava a ordem democrática trazida pela CF de 1937, especialmente no que concernia a garantia de direitos ao indivíduo: “O indivíduo tem direito a serviços e bens, e o Estado o dever de assegurar, garantir e promover o gozo desses serviços e desses bens: o direito à atividade criadora; o direito ao trabalho; o direito a um padrão razoável de vida; o direito à segurança contra os azares e os infortúnios da vida — o desemprego, o acidente, a doença, a velhice; o direito a condições de vida sã, criando ao Estado o dever de administrar a higiene pública, e, sobre todos, o direito à educação, sem cujo exercício não é possível tornar acessível a todos o gozo dos demais bens da civilização e da cultura (...) o poder do Estado há de ser imensamente maior do que o poder atrofiado pelo conceito negativo da democracia do século XIX. Para assegurar aos homens o gozo dos novos direitos, o Estado precisa de exercer de modo efetivo o controle de todas as atividades sociais, — a economia, a política, a educação. Uma experiência centenária demonstrou que o direito negativo de liberdade não dava realmente direito a nenhum desses bens, sem os quais já não é hoje possível conceber a vida humana. O princípio de liberdade deu em resultado o fortalecimento cada vez maior

156 SAYAO ROMITA, Arion. *Ob. cit.*, p. 60-61.

157 *Ibidem*, p. 60-61.

158 MORAES FILHO, Evaristo de *apud* SAYAO ROMITA, Arion. *Ob. cit.*, p. 60-61.

159 SAYAO ROMITA, Arion. *Ob. cit.*, p. 65.

dos fortes e o enfraquecimento cada vez maior dos fracos. O princípio de liberdade não garantiu a ninguém o direito ao trabalho, à educação, à segurança. Só o Estado forte pode exercer a arbitragem justa, assegurando a todos o gozo da herança comum da civilização e da cultura”.<sup>160</sup>

Não será exagerado afirmar que o Estado Novo é antidemocrático, deprecia instituições como o Parlamento<sup>161</sup> e o Judiciário e, como acentuado, por Francisco Campos “o Estado Novo é o Presidente — a realização dos seus intuitos, o desdobramento do seu programa, a projeção da sua vontade — e nele tem o seu mais proveto doutrinador e o defensor mais intransigente e valioso”.<sup>162</sup>

Neste contexto político e organizacional da época é que se incumbiu a Oliveira Vianna a função de organizar a legislação do trabalho e toda a sua edificação. Não menos corporativista que Francisco Campos e trabalhando diretamente com consultor do Ministro do Trabalho, suas propostas foram encampadas e atuaram especialmente em dois pontos, quais sejam, a organização sindical e a Justiça do Trabalho. No projeto apresentado aludia aos sindicatos como “futura organização corporativa”<sup>163</sup> os sindicatos devem ser “profissional, corporativo e cristão”.<sup>164</sup> Com esse mesmo objetivo e característica é que se organizou a Justiça do Trabalho, desenhada sob um modelo corporativo, paritário e eletivo.

Assim nasceu a CLT: “sob a vigência da Carta de 1937 – autoritária e corporativista – a CLT não poderia deixar de refletir a ideologia dominante à época de sua promulgação. A absorção do indivíduo pelo Estado, a eliminação da consciência das classes a subordinação dos corpos sociais intermediários à autoridade central, a incorporação da ordem econômica à esfera da intervenção do Estado, a supressão da autodefesa dos interesses profissionais (proibição da greve), o fracasso prático na implementação das convenções coletivas de trabalho e a presença arbitral do Estado no campo dos conflitos coletivos do trabalho modelaram o texto da Consolidação das Leis do Trabalho em obediência ao postulado básico do corporativismo qual seja, a superação da luta de classes pela colaboração entre a força de trabalho e o capital “no esforço espontâneo de realizar a grandeza nacional”.

Os direitos reconhecidos aos trabalhadores em suas relações individuais foram minuciosamente dispostos na CLT deixando às partes pouca, ou nenhuma, margem para negociação, constituindo-se em um típico *contrato de adesão* transformando-se no único direito aos trabalhadores a ponto de, inclusive nos dias de hoje, recuar-se de qualquer negociação que possa estar à margem ou ir além das cláusulas que ela dispõe. Há um apego, de ambas as partes, em permitir-se ir além, pois, dentro das proporções reais e das grandes incertezas e inseguranças jurídicas advindas de todas as esferas, o mínimo legislativo que ela assegura, parece ser o porto seguro. Como observa Romita “O conteúdo das relações individuais de trabalho acha-se praticamente estabelecido por antecipação, mercê de disposições imperativas de lei, pouco ou nada restando à manifestação da vontade dos particulares: além do montante salarial, não há o que debater, regatear, negociar, em nível contatual, por parte dos sujeitos do contrato de trabalho; mesmo quanto ao salário, se o estipulado for o mínimo, nem isso...”.<sup>165</sup>

Essa opção legislativa foi intencional, de negar, dificultar ou simplesmente desestimular às partes a negociar condições outras de trabalho, “Em relação aos contratos de trabalho, cumpre esclarecer que a precedência das “normas” de tutela sobre os “contratos” acentuou que a ordem institucional ou estatutária prevalece sobre a concepção contratualista. A análise do conteúdo da nossa legislação social provava exuberantemente a primazia do caráter institucional sobre o efeito do contrato, restrito este à objetivação do ajuste, à determinação do salário e à estipulação da natureza dos serviços e isso mesmo dentro de “standards” e sob condições preestabelecidas na lei. Ressaltar essa expressão peculiar constituiria certamente uma conformação com a realidade e com a filosofia do novo Direito, justificando-se assim a

160 CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 58-59. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/1056>. Acesso em: 11 set. 2023.

161 A iniciativa da legislação cabe hoje, em todo o mundo, ao Poder Executivo. Não é este um caso de usurpação de poderes, nem essa situação existe em virtude de atos de violência. O Estado marcha para a legislação pelo Executivo como o Sol para a constelação de Hércules. É um dado da história e a substância da história não é feita apenas do arbítrio dos homens. A massa e a complexidade da legislação não podem mais ser tratadas pelos processos discursivos, próprios dos parlamentos do século XIX, cuja competência se exercia no seu domínio natural, que era o das grandes questões, simples e gerais, próprias aos largos debates oratórios e suscetíveis de serem resolvidas mediante opções de caráter exclusivamente político ou moral. Os problemas legislativos do nosso tempo são de outra natureza. São, por excelência, problemas de regulamentação e de controle das utilidades criadas pelo homem e que é dever do Estado colocar ao serviço da coletividade. A regulamentação e o controle da massa, dia a dia crescente, das forças e das riquezas acumuladas pelo homem, suscitam problemas essencialmente técnicos, cuja solução não se pode alcançar mediante os processos dilatatórios, as improvisações e a confusão de línguas das babéis parlamentares” (CAMPOS, Francisco. *Ob. cit.*, p. 102).

162 *Ibidem*, p. 102.

163 OLIVEIRA VIANNA, Francisco José de *apud* SAYAO ROMITA, Arion. *Ob. cit.*, p. 71.

164 *Ibidem*, p. 71.

165 SAYAO ROMITA, Arion. *Ob. cit.*, p. 77-78.

*ênfase inicial atribuída à enumeração das normas de proteção ao trabalho, para somente em seguida ser referido o contrato individual*".<sup>166</sup>

E o fundamento desta preferência vem esclarecido pela concepção legislativa daquilo que entende ser direito social, isto é, *"um complexo de normas e de instituições votadas à proteção do trabalho dependente na atividade privada"*.<sup>167</sup>

Daí que Romita<sup>168</sup> conclui que no Brasil, a principal característica do direito individual é a regulamentação heterônoma, as cláusulas contratuais são impostas de fora, de cima para baixo a ponto de estabelecer uma absoluta estranheza entre os parceiros sociais, tornando desnecessário e inexistente o diálogo entre trabalhador e empregador. Não há diálogo, não há espaço para a negociação individual e, tampouco, para a coletiva. O modelo corporativo instituído impôs que tudo viesse fixado pela lei e, naquilo que houver controvérsia, a Justiça do Trabalho decidirá e cuidará de solucionar a controvérsia.

O contrato coletivo não teve melhor sorte, pois as regras da CF de 1937 davam o contorno de como deveria ser regulamentado, de modo que a "concorrência do legislador constitui, sem dúvida, um dos principais obstáculos ao florescimento da convenção coletiva". Todos os espaços que o Estado poderia ter ocupado quanto às relações individuais e coletivas o fez, deixando uma margem muito pequena ou inexistente para permitir que os sindicatos pudessem amadurecer. A tutela conferida na CLT ao empregado subordinado é abundante e a constante busca por soluções judiciais e imposição de decisões é um sintoma da acomodação à situação criada pelo Estado corporativista e autoritário que, a final, incentivou a sujeição dos trabalhadores ao modelo mínimo (ou máximo) impedindo que tivessem ânimo de avançar por uma situação jurídica melhor.<sup>169</sup>

No campo do direito sindical a intervenção estatal é flagrante, intencional e maliciosa. O Título V da CLT sobre a organização sindical incorporou o Decreto-Lei 1402/1939 e o capítulo II que trata do enquadramento sindical e que é resultado do Decreto-Lei 2381/1940, de modo que o Ministério do Trabalho é quem deveria registrar e organizar o quadro de atividades e profissões para registro das associações profissionais. Nada mais que decorrência da organização da produção prevista na CF/1937 e do paradoxo em se atribuir independência e maioria a população, meio este que seria necessário para garantir às elites dominantes o modelo de sociedade patriarcal. Assim, o Estado mantinha *"acesa a chama de uma forma de dominação, pessoalizada, arbitrária e hierárquica, em cujo sistema se processavam relações de troca recíproca até certo ponto bem sucedidas, já que impediam a emancipação das camadas subordinadas e favoreceriam os donos do poder. O princípio da "maioridade" dos trabalhadores talvez encontre alguma afinidade com a interpretação que Maria Isaura Pereira de Queiroz faz do voto de cabresto em O Mandonismo local na vida política brasileira e outros ensaios (1976), mostrando que o voto de trabalhadores e pequenos proprietários rurais fazia parte de um sistema de troca recíproca com os políticos locais. Se até mesmo o "brasileiro" como um ser genérico fora tantas vezes visto como incapaz de ser moderno, e de internalizar os valores indispensáveis para uma conduta impessoal e igualitária, o que dizer dos menos letrados mergulhados no mundo da própria sobrevivência. Em grandes interpretações do Brasil, a exemplo de Carnavais, malandros e heróis de Roberto da Matta, a singularidade do problema brasileiro encontra-se, como afirma o autor, no "controle radical das mudanças". Tão autoritários quanto democráticos, os brasileiros não estariam aqui nem lá, mas simplesmente se habituaram a exercer controle sobre qualquer possibilidade de transformação efetiva da sociedade brasileira em uma sociedade moderna e igualitária. Antes mesmo de Roberto da Matta, Sérgio Buarque de Holanda discutia em Raízes do Brasil, de 1936, o controverso conceito de cordialidade brasileira, pondo em cheque a capacidade de os brasileiros se desvencilharem da prática de relações pessoais e autoritárias, que impedia a construção da sociedade moderna, atribuindo às origens ibéricas as causas de tal obstáculo"*.<sup>170</sup>

166 TST. **Exposição de motivos.** Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/29280/1943\\_clt\\_exposicao\\_motivo.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/29280/1943_clt_exposicao_motivo.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 11 set. 2023.

167 *Ibidem*.

168 SAYAO ROMITA, Arion. *Ob cit.*, p. 78-79.

169 Essa crença quanto à incapacidade do brasileiro fica estampada naquilo que pensava o governo quanto tratou do mito do sufrágio universal: "A maior parte dos eleitores não se preocupa com a coisa pública. A sua, vida privada já lhes dá bastante motivos de preocupação e de trabalho. Passam a maior parte do tempo alheios às questões de política, de administração e de governo. Quando mobilizados para as campanhas eleitorais, todos os problemas se apresentam de uma só vez à sua atenção, quase todos complexos e a maior parte deles ininteligíveis à massa que não se encontra preparada para a compreensão sequer dos seus termos mais simples. Além disto, a apresentação dos problemas faz-se em campanha eleitoral do ponto de vista da propaganda, deformadas as questões pelos interesses partidários em jogo. Como, no meio da confusão e do rumor de uma campanha, querer que a massa possa fazer um juízo mais ou menos seguro sobre questões remotas à sua vida habitual e insuscetíveis de se clarearem pela atenção ordinária que o homem da rua costuma dedicar aos assuntos do dia?" (CAMPOS, Francisco. *Ob cit.*, p. 52).

170 VILLAS BOAS, Gláucia. Evaristo de Moraes Filho e a maioria dos trabalhadores brasileiros. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 19, n.º. 55.



O capítulo 9 do estudo em questão é nominado de *asfixia sindical*, justamente numa manifestação do inconformismo que qualquer jurista brasileiro deve ter quando se dispõe a investigar sobre a liberdade sindical que, simplesmente não existe. Enquanto nos países europeus se lutava pelo sindicato livre, no Brasil as organizações sindicais foram concebidas pelo Estado.<sup>171</sup> Como afirma Romita, trata-se de *“mera liberdade negativa restrita, no plano individual, à inexistência de obrigatoriedade de filiação, mas, ainda assim, com a obrigação de pagar a contribuição sindical... Cabe estudar, isto sim, a asfixia sindical, tal como imposta pela CLT em obediência ao clima totalitário e corporativo do Estado Novo, que a gerou, até hoje, conservado”*.<sup>172</sup>

O último capítulo do artigo faz referência sobre a composição paritária dos Tribunais do Trabalho relatando os fatos históricos, ressaltando a importância de se dar ao Tribunais a natureza judicial e não administrativa, face a sua característica dominante e a importância de ser uma função autônoma e especial, fator que confirmaria o caráter corporativo, que trás em si as ideias de conciliação e arbitragem.

A conclusão não poderia ser distinta: *“o rápido e superficial exame das características ideológicas que a CLT apresenta – corporativista e autoritarismo – permite concluir que, no Brasil, o declarado “princípio de proteção tutelar (in dubio pro misero) – tradução, no plano exegético, do “fundamento amparatório ao trabalhador” que embasaria as leis trabalhistas - não passa de falácia, enganosa miragem, mera cortina de fumaça. Na prática, atua ele simplesmente como fundamentação não expressa de decisões judiciais que, pela procedência, deferem a alguns trabalhadores escassos participação nas migalhas caídas da mesa do banquete....”*<sup>173</sup>

Outra não pode ser a conclusão que o sistema desenhado na sua origem, desestimula e vai contra a proposta do diálogo social. Resta-nos saber se o modelo do Estado democrático impresso pela CF/1988 foi capaz de alterar este estado de coisas.

## 5. CF/1988

Muito se avançou no que diz respeito a interpretação das normas Constitucionais e supranacionais, mas a CLT é um documento que continua vigente, ainda que de forma retalhado e em constante guerra de braço com as emendas que recebe na tentativa de se atualizar. As normas nela inseridas vacilam entre manter-se como sempre estiveram postas ou apresentar modelos mais flexíveis seguindo uma tendência importante no mundo do trabalho, caso que se pode assistir com a reforma trabalhista de 2017 texto este que, ainda hoje, é considerado a grande reforma da lei laboral.

A reforma de 2017 teve por fundamento a modernização das relações de trabalho e a maior empregabilidade. A opção legislativa tem sido a de inserir novos artigos, revogar outros e tentar adaptar outros mais à realidade vigente. Todavia, a leitura das alterações que vem sendo implementadas representam, a final, não somente a tentativa de provocar uma mudança de cenário, mas especialmente uma batalha entre os corporativismos e autoritarismos de cada um dos poderes do Estado, trazendo a dúvida sobre se efetivamente há intenção do Estado em efetivar e concretizar os direitos sociais que a CF/1988 elencou. Exemplo disso, é a redação dos parágrafos 2º e 3º inseridos no art. 8º que constitui uma alusão evidente à vontade legislativa e executiva de colocar freios nas interpretações feitas pelo Poder Judiciário: *“§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei. § 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”*.

A tentativa de se permitir uma maior liberdade de negociação entre os trabalhadores e empregadores seja no âmbito do contrato individual ou do contrato coletivo, parece acenar para a vontade de se permitir o

---

171 “O leitor habituado com a conhecida idéia do atraso e da incapacidade do brasileiro surpreende-se com o rol das lutas operárias e dos movimentos dos trabalhadores, estampados em *O problema do sindicato único no Brasil*. Ao descortinar o conjunto de greves e movimentos da classe trabalhadora no início do século passado, Evaristo relaciona aquelas ações ao trabalho de juristas, a exemplo de Evaristo de Moraes, Maurício de Lacerda e Joaquim Pimenta, que lutaram pela regulamentação das leis trabalhistas. O cuidado em evidenciar a relação entre os grupos em luta e os legisladores tinha o objetivo de mostrar que as lutas dos trabalhadores haviam precedido às leis, um dos pontos importantes da argumentação do autor, e, por conseguinte, que os trabalhadores tinham capacidade associativa. As noções de atraso, modernidade, desenvolvimento estavam absolutamente fora do esquema conceitual do autor, mas não se pode deixar de aproximar a posição assumida por Evaristo, e relativa à capacidade associativa dos trabalhadores, à constituição de uma sociedade moderna” (*Ibidem*).

172 SAYAO ROMITA, Arion. *Ob cit.*, p. 89-90.

173 *Ibidem*, p. 101-102.



crescimento do trabalhador e das instituições sindicais que devem livrar-se da imposição de uma suposta tutela estatal que mais tem servido para sufocar e provocar tensões e inseguranças que efetivamente proteger o trabalhador ou a relação de trabalho em si.

Some-se a isso, que enquanto as preocupações se voltam por “aplicar” ou “não aplicar” a reforma de 2017 da retalhada CLT e decidir pela relação de trabalho subordinada ou “pejotizada”, há vários outros tipos de relações jurídicas que tem surgido à margem dos discursos e debates em que não se vê interesse de nenhum dos Poderes da República, em tutelar, fato este que vem gerando uma desproteção e precarização ainda maior.

As novas relações de trabalho e os meios de produção e organização empresarial estão cada vez mais descentralizadas e desregulamentada. Estes novos tipos de trabalhadores que desenvolvem relações jurídicas em um contexto absolutamente distinto daquele regulado pela CLT como, por exemplo, os desenvolvidos nos inúmeros tipos de plataforma digitais, já não acreditam nas normas celetistas ou simplesmente não a desejam.

Há uma grande massa de trabalhadores abandonando o âmbito da CLT enquanto juristas, políticos e poderes insistem em manter um texto que, conforme já se falou, serviu como fundamento de uma política falaciosa que impediu o crescimento das associações sindicais, dos trabalhadores e engessou os movimentos que pudessem atender os anseios da classe trabalhadora que se formou e segue em desenvolvimento neste século XXI. Para estes trabalhadores não se há tutela efetiva ou preocupação com sua situação. O resultado parece estar posto num quadro de acomodação mesclado com receio ou desinteresse em, efetivamente, levar à discussão e efetivar-se reformas que efetivamente possam conferir a tutela aos direitos mínimos e ao trabalho decente, viabilizando a atividade econômica.

Não obstante as frustradas tentativas de modernizar a CLT este diploma segue parado num tempo em que a democracia foi rechaçada, o trabalhador e as associações sindicais foram relegados à condição de inimputáveis e insólidos, o que motivou que Evaristo de Moraes Filho se posicionasse “*contra as teses formalistas sobre a prática legislativa da teoria do direito; e contra as teses sobre o insolidarismo do caráter nacional ou ethos brasileiro. A elas opôs uma teoria sociológica pragmática, em que associação, interesse e ação são elementos fundamentais. Esse arranjo de idéias cunha seus argumentos voltados para a desmistificação do mito da outorga das leis trabalhistas. Retirando o Estado de seu lugar de portador de toda ordem, modernidade e progresso, e delegando aos sujeitos sociais a capacidade de lutar pelos seus interesses, Evaristo de Moraes Filho devolve aos trabalhadores brasileiros a sua maioria*”.<sup>174</sup>

O rol de direitos sociais e a mudança geográfica do tratamento a estes direitos pelo legislador Constitucional, não foi capaz de alterar o sistema adotado pelo legislador infraconstitucional. O texto Constitucional é incapaz de alterar a cultura de uma nação que insiste em manter-se sob o manto de proteção Estatal enquanto sorve o leite da “vaca das divinas tetas”.<sup>175</sup>

A preocupação do legislador e 1988 em assegurar um Estado democrático e livre da opressão, não permitiu que se garantisse direitos sociais através de um rol de garantias, direitos e deveres trasladados da lei infraconstitucional para um rol muito maior agora no âmbito das cláusulas pétreas.

Além disso, amordaçou o sistema sindical que, não obstante não poder sofrer interferência do poder publico na sua administração conviveu e sobreviveu anos com as contribuições sindicais obrigatórias e carrega uma estrutura que impossibilita que possa ser efetivamente independente e livre. Além das questões que se depara no dia a dia quanto a legitimidade de sua representatividade e de todas as mudanças que dificultam a reunião associativa de pessoas com interesses e objetivos comuns, se vê refém de um sistema de categorias e delimitações territoriais que impedem seu desenvolvimento sustentável. E se estas dificuldades não fossem bastante, ainda devem submeter as divergências e conflitos a estrutura judiciária estatal que *ditará* normas coletivas que deveriam ser negociadas e não impostas.

É certo que avançamos, seja na interpretação da lei, seja na aplicação do direito, mas as novas relações que chegam ao judiciário e o confuso e interminável processo legislativo são um retrato que não foi possível vencer o ranço do Estado Novo e o patriarcado, seguindo a cultura nacional acorrentada num modelo que não poderá ir muito além do que os limites do Município a que pertence.

Para que os direitos sociais sejam tutelados adequadamente e que o Brasil consiga cumprir com a agenda do trabalho decente, é imprescindível uma ordem legislativa fruto de discussões e criações

174 VILLAS BOAS, Gláucia. *Ob. cit.*

175 VELOSO, Caetano. **Vaca Profana, letra e música.** Disponível em: <https://www.google.com/search?q=Vaca+Profana%2C+letra+e+m%C3%Basica&oq=Vaca+Profana%2C+letra+e+m%C3%Basica&aqs=chrome..69i57j0i15i22i30.436j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em: 10 ago. 2023.

democráticas. Faz-se necessário sindicatos livres e que possam circular física e virtualmente representando de forma adequada os trabalhadores que a ele de filiam voluntariamente. A prisão do sindicato por categorias e circunscritos a base territorial é, a final, o tolhimento institucionalizado do poder de ação das associações de classe. Como viabilizar que sindicatos com mobilidade engessada e limitada possa negociar para o contingente de nômades digitais e trabalhadores com uso da tecnologia da comunicação e da informação? Que solução haveria a casos de sindicatos locais que se associam a ação de sindicatos transnacionais e servem de motor para concretizar acordos marcos globais? E, para chegar ao ápice do inimaginável daqueles que se agarram ao poder normativo do Poder Judiciário: estaria a Justiça do Trabalho legitimada a ditar e impor sua decisão a Acordos Marcos Globais caso se entendesse por aceitar, friso, contrariando a norma expressa da CF/1988, a legitimidade dos sindicatos internacionais?

No que concerne a garantia a representação dos trabalhadores e dos sindicatos na empresa Romita lembra que a CF/1988 estabelece um quarto direito incluído no rol dos direitos de solidariedade disposto no art. 11 enquanto o art. 7º, XI assegura aos trabalhadores a participação na gestão empresarial: o primeiro seria destinado a uma tímida cogestão e o segundo representa um canal de comunicação entre a direção da empresa e o pessoal.

É certo que a Carta de 1988, com a disposição do § 2.º do seu art. 5º, de forma inédita e necessária, passou a reconhecer claramente, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma dupla fonte normativa: a) aquela advinda do direito interno (direitos expressos e implícitos na Constituição, estes últimos subentendidos nas regras de garantias ou decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados), e; b) aquela outra advinda do direito internacional (decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte).

De forma expressa, a Carta de 1988 atribui aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro a condição de fontes do sistema constitucional de proteção de direitos. Acrescenta Romita que *“a cláusula aberta do § 2º do art. 5º da Carta de 1988, sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa”*.<sup>176</sup> Essa afirmação equivale ao já comentado caráter constitucional material das convenções e tratados internacionais, especialmente aqueles que versam sobre os direitos humanos.

Por se tratar de direitos humanos, essa abertura material não se estende apenas aos direitos e garantias previstos no art. 5º e incisos da art. da Constituição de 1988, mas também aos direitos sociais previstos no texto constitucional, inclusive aqueles do art. 6º (que trata dos direitos sociais) e 7º (que trata do direito dos trabalhadores).

*“Assim, estando o tratado internacional em vigência na comunidade internacional, e sendo ratificado pelo Brasil e tendo o congresso nacional aprovado o mesmo com quórum igual ou superior a três quintos da sua totalidade de congressistas, estará o instrumento legal internacional integrado à legislação interna como o mesmo status de emenda constitucional”*.<sup>177</sup>

Estas disposições Constitucionais que permitem a abertura internacional apresenta a crescente mudança que se vem apresentando, ao menos no meio acadêmico nacional, de se buscar um sistema maduro para que efetivamente se possa permitir a inclusão definitiva dos trabalhadores, independentemente do seu grau de subordinação e do tipo que se apresente no cenário da atividade produtiva. Não importa se a pessoa que presta o trabalho esteja revestida da forma de pessoa física ou jurídica, o que é imprescindível é que goze da proteção do efetivo gozo de direitos sociais mínimos, entendidos como aqueles capazes de tonar efetiva as conquistas de direitos sociais consolidados nos dois últimos séculos e que se amplia no caminho deste terceiro século.

Juan Raso quando trata do tema da velhice na América Latina e Caribe e das garantias quem possuem os trabalhadores de qualquer idade e condição de ter trabalho digno e decente e iguais oportunidades, lembra que, *“el modelo taylorista de producción, hoy en crisis, generó los anticuerpos de la explotación obrera a través de una legislación laboral de tipo tuitivo y un sistema de seguridad social que se nutrió en forma razonablemente estable con el aporte de contribuciones obreras y patronales. Ese sistema que durante casi un siglo significó la protección de millones de trabajadores, hoy entra en crisis y es oportuno recordar que (...) el modelo fordista/taylorista no fue solo un modo de producir, sino también “una forma de pensar” la sociedad. Aparece hoy el concepto de “alternancias del trabajo”, para referirse a la crisis de la concepción del empleo fijo para toda la vida o para extensos períodos de tiempo, poniendo foco en una*

176 ROMITA, Arión. *Ob. cit.*

177 NAHAS, Thereza C. A Ampliação do Catálogo de Direitos Fundamentais. In: **Artigo 5º da Constituição da República: Os Direitos Constitucionais inespecíficos aplicados às Relações de Trabalho**. Porto Alegre: Ed. Lex, 2023, p. 1117.

*nueva realidad en la cual la persona transita a lo largo de su vida a través de una sucesión de trabajos diferentes, de distinta naturaleza jurídica o con diversas protecciones sociales. El trabajo subordinado típico y con contribuciones predeterminadas a la seguridad social se alterna con la informalidad, el autoempleo, el trabajo semidependiente, etc. En cada situación los costos y las tutelas sociales serán diferentes y es precisamente esa sucesión de trabajo “diferentes” que ocasionará dificultades futuras al trabajador, cuando llegue la hora de solicitar la tutela del sistema de previsión social”.*<sup>178</sup>

## CONCLUSÃO

Não obstante a importância histórica a CLT é forçoso reconhecer que as emendas que se vem implementando a este diploma não vão ser suficientes para tutelar direitos dos trabalhadores e tampouco compatibilizar a ordem econômica e social. A estrutura da CLT é incompatível com reformas e não suporta emendas que são contrárias ao seu núcleo e sua origem. Corolariamente, as reformas que se vem concretizando possuem conteúdo de uma política irresponsável e avessa à realidade e à história. Mais parece um clichê jornalístico que simplesmente viabiliza o aumento da litigiosidade e a contradição entre decisões dos Tribunais, aumentando a insegurança jurídica e desproteção social ao trabalhador

O desenvolvimento tecnológico e as “novas relações” que já estão presentes no cenário nacional e internacional não são capazes de suportar o debate moroso e burocrático dos Poderes de Estado e a persistir o saudosismo nacional, repito, apegado a um diploma autoritário e ditatorial, não permitirá que as relações de trabalho possam alcançar índices de sustentabilidade e trabalho decente.

Não obstante a CF/1988 ter intencionado a proteção de direitos fundamentais do trabalhador, cometeu o grande equívoco de detalhar cláusulas contratuais e de manter a mordaza e aprisionamento dos sindicatos, o que reflete nos inúmeros entraves ao desenvolvimento sustentável das políticas sociais e econômicas, resultando em decisões desvirtuadas na interpretação do direito coletivo e individual do trabalho, como ocorre com as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos temas relativo a Reclamação (RCL) 59795 que estabeleceu que nenhum trabalho em plataforma digital gera vínculo de emprego subordinado; e o Tema 528 que **declara a constitucionalidade do intervalo regulado no art. 384 da CLT em benefício das mulheres, ambas que, data máxima venia, não obstante terem por alicerce a igualdade e liberdade, acabam por aprofundar a desigualdade combatida pela CF/1988.**

Portanto, para responder as inquietudes iniciais, outra não pode ser a conclusão que não a de que, não obstante as várias tentativas de reforma da CLT, não se alcançará o trabalho decente com mais retalhamentos, justamente porque sua estrutura e fundamento normativo, não suporta remendos. Tudo que se vem propondo nada mais é do *reformat reformas* que são aprovadas de modo estranho aos institutos e relações jurídicas consideradas em seu contexto. A ausência de liberdade sindical e o engessado art. 8º da CF somado aos limites sob o qual repousa a CLT não permitem que possa recepcionar novas relações e, tampouco, o diálogo social. As transformações do mundo do trabalho, especialmente impactadas pela tecnologia requer uma visão ampla e um caminhar adiante, aproveitando-se de toda a história e conquistas do direito do trabalho tradicional para promover uma tutela efetiva, real e concreta aos trabalhadores de qualquer natureza e condição. Somente com a conscientização séria e comprometida de nossas necessidades reais e que podemos ter um adequado e decente desenvolvimento social no País.

---

178 RASO DELGUE, Juan. Envejecimiento y seguridad social en América Latina: contexto, causa y desafíos. **Revista Jurídica del Trabajo.**

# **JUSTIÇA SOCIAL: ANÁLISE REFLEXIVA ACERCA DAS POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO PARA A CONSTRUÇÃO DE SOCIEDADES MAIS JUSTAS E INCLUSIVAS PAUTADAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

## **SOCIAL JUSTICE: REFLECTIVE ANALYSIS OF DEVELOPMENT POLICIES FOR BUILDING FAIRER AND MORE INCLUSIVE SOCIETIES BASED ON THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988**

**Fabiane Ibrahin**<sup>179</sup>

**Waleska Cariola Viana**<sup>180</sup>

**RESUMO:** O presente estudo se situa no contexto da teoria constitucional e dogmática constitucional brasileira, enfatizando a temática da concretização constitucional, especialmente quanto ao direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o desafio do desenvolvimento econômico e da proteção ambiental que demanda a elaboração de políticas públicas para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva. Demonstra a importância da Constituição de 1988 na evolução das políticas e normas relacionadas ao meio ambiente. Apresenta uma série de avanços significativos que a Constituição Federal de 1988 entabulou no Direito Ambiental Sustentável no Brasil, bem como traz uma análise reflexiva acerca dos desafios do desenvolvimento econômico e a proteção ambiental, além da reflexão quanto o compromisso assumido pela comunidade internacional para cumprir os 17 (dezesete) objetivos para o desenvolvimento sustentável e as 169 metas para o ano de 2030.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição; Política Pública Ambiental; Sustentabilidade.

**ABSTRACT:** The present study is situated in the context of Brazilian constitutional and constitutional dogmatics theory, emphasizing the theme of constitutional concretion, especially regarding the diffuse right to an ecologically balanced environment and the challenge of economic development and environmental protection, which demands the elaboration of public policies to build a fairer and more inclusive society. It demonstrates the importance of 1988 Constitution in the evolution of policies and norms related to the environment. It presents a series of significant advances that the Federal Constitution of 1988 established in Sustainable Environmental Law in Brazil, as well as a reflective analysis of the challenges of economic development and environmental protection, besides the reflection regarding the commitment assumed by the international community to comply with the 17 (seventeen) sustainable development goals and 169 targets for the year 2030.

**KEYWORDS:** Constitution; Environmental Public Policy; Sustainability.

---

179 Doutora em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2004). Mestre em Direito pela UNIFIEO (2005). Especialista em Direito do Trabalho pela UNIFIEO (2000). Avaliadora Institucional do INEP/MEC. Pesquisadora. Membro do Grupo de Estudos de Direito Contemporâneo do Trabalho e da Seguridade Social (GETRAB-USP). Professora do Ensino Superior. Advogada.

180 Mestre em Direitos Humanos Fundamentais pelo Centro Universitário da Fundação Instituto de Ensino para Osasco (UNIFIEO); Especialista em Direito Civil-Empresarial e Processo Civil pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus; Graduada em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Professora do Ensino Superior. Advogada.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a inovação trazida pela Constituição brasileira de 1988 quanto a alteração do núcleo de proteção das normas constitucionais e o constitucionalismo dirigente que, de certo, são responsáveis pelos seus 35 (trinta e cinco) anos de vigência.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, deixou de ser um documento meramente político, limitado a conter normas de organização do Estado e dos seus poderes, para reconhecer direitos e garantias fundamentais de proteção da pessoa humana.

No entanto, apesar dos trinta e cinco anos de sua publicação, ainda é um desafio à concretização de alguns direitos fundamentais na realidade social, principalmente no tocante aos direitos humanos chamados de segunda e terceira dimensões, ou seja, respectivamente, os direitos sociais e os direitos difusos que reconhecidos pela ordem constitucional gozam de eficácia, mas dependem de uma densificação normativa<sup>181</sup> para a sua efetividade, ou melhor, dependem de normas programáticas e elaboração de políticas públicas para a sua concretização na realidade social.

A distinção entre os termos jurídicos “vigência”, “eficácia”, “aplicabilidade”, “efetividade” e “concretização” para a almejada justiça social será tratada no capítulo dois deste artigo que também abordará o conceito de políticas públicas ambientais para a concretização do direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, restando a discussão sobre o desafio do desenvolvimento econômico e da proteção ambiental, ou seja, do desenvolvimento sustentável, para o último capítulo.

E, por fim, o trabalho analisará os desafios e perspectivas do desenvolvimento econômico sustentável em relação à proteção do meio ambiente, destacando a importância do marco legal e das políticas públicas voltadas para esse tema.

## 1. INOVAÇÃO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: POSIÇÃO ANTROPOCÊNTRICA PROTECIONISTA

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988 faz 35 (trinta e cinco) anos. Também chamada de Constituição Cidadã, posto que antes a Constituição era um documento essencialmente político, de organização dos poderes do Estado, alterou o seu núcleo para proteção dos direitos da pessoa humana, assegurando e ampliando os direitos e garantias individuais e ter a pretensão de causar transformações sociais para alcançar a justiça social.

Anna Candida da Cunha Ferraz<sup>182</sup> observa que “*A Constituição brasileira de 1988, em sua versão originária, positivou, de modo inovador em vários aspectos, sob o rótulo de direitos fundamentais os direitos da pessoa humana inseridos nas diversas dimensões que a evolução histórica foi revelando e assumindo ao longo dos tempos (...). Além disso, cuidou o texto não apenas de positivar direitos, mas também de assegurar efetiva proteção jurídica reforçada aos direitos fundamentais, tendo como meta a concretização do exercício dos direitos da pessoa (...).*”

A Constituição de 1998 trouxe um verdadeiro “sistema constitucional” para proteção reforçada dos direitos humanos com princípios que lhes dão unidade e que “*orientam a interpretação, a aplicação, a integração, a harmonização e concretização dos direitos humanos*”.<sup>183</sup>

Pois bem, segundo Karel Vasak<sup>184</sup> os direitos humanos se classificam em “gerações”. Os direitos humanos de primeira geração<sup>185</sup>, libertários ou negativos, são os direitos de liberdade, no sentido amplo, a

---

181 “Densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. As tarefas de concretização e de densificação de normas andam, pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a consequente aplicação a um caso concreto” In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Curso de Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Portugal: Almedina, p. 1180-1181.

182 FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco/SP: Edifeio, 2006, p. 173.

183 *Ibidem*, p. 173.

184 Classificação atribuída a Karel Vasak (1929-2015), jurista tcheco-francês, que a apresentou em conferência ministrada no Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo) em 1979, inspirado no lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) e que foi difundida por Norberto Bobbio.

185 Posteriormente, a expressão gerações de direitos foi substituída pela expressão dimensões de direitos, pois gerações dá a ideia de substituição de uma geração pela outra, enquanto que dimensão dá a ideia de coexistência e convivência entre os direitos. Nesse sentido: “A ideia de generatividade geracional também não é totalmente correcta: os direitos são de todas as gerações (...) preferem hoje os autores falar em três dimensões de direitos do homem e não de “três gerações” cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes **Curso de Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Portugal: Almedina, p. 386-387.



saber: direitos civis e políticos. Tem como marco as revoluções libertárias do século XVIII e protegem o indivíduo da atuação arbitrária do Estado. Impõe ao Estado um dever de abstenção ou não intervenção.

Já os direitos de segunda geração ou dimensão são os de igualdade ou positivos. Nasceram com as revoluções sociais e impõem um agir para o Estado, um dever de prestação, para que seja conferido tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida das suas desigualdades, conforme máxima atribuída a Aristóteles. São os direitos econômicos, sociais e culturais, como exemplo, temos os direitos à saúde, à educação, à assistência e à previdência social, ao lazer etc.

E, por fim, temos os direitos de terceira geração ou dimensão que são os direitos à fraternidade ou difusos ou novos direitos, dentre eles o direito ao meio ecologicamente equilibrado; o direito à conservação do patrimônio histórico e cultural da humanidade; as cidades sustentáveis.

Assim, a Constituição brasileira de 1988<sup>186</sup> positivou o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em seu artigo 225 que o descreve como “*bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”.

Então, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi reconhecido e positivado como direito fundamental de terceira geração por ter natureza transindividual e transgeracional, fundado no princípio da fraternidade ou da solidariedade. A natureza difusa que lhe é atribuída decorre do fato de que esses direitos dizem respeito às coletividades (povo, nação, comunidades locais ou internacionais).<sup>187</sup>

Em síntese conclusiva, nas palavras do Ministro Celso de Mello<sup>188</sup>: “*Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade*”.

Ocorre que permanece o grande debate sobre a concretização dos direitos da pessoa humana na realidade social. Sobre essa questão, Norberto Bobbio<sup>189</sup> refletia que o problema não é mais o reconhecimento e positivação dos direitos humanos, mas sim a sua concretização, pois “*nem tudo o que é desejável e merecedor de ser perseguido é realizável. Para a realização dos direitos do homem, são freqüentemente necessárias condições objetivas que não dependem da boa vontade dos que os proclamam, nem das boas disposições dos que possuem os meios para protegê-los (...). Sabe-se que o tremendo problema diante do qual estão hoje os países em desenvolvimento é o de se encontrarem em condições econômicas que, apesar dos programas ideais, não permitem desenvolver a proteção da maioria dos direitos sociais*”.

E, apesar dos 35 anos de existência, a efetivação dos direitos humanos positivados na Constituição brasileira de 1988 e, por isso, chamados de fundamentais, continua a ser um desafio e questão urgente de natureza política, pois se trata, sobretudo, de encontrar meios para a concretização de tais direitos na realidade da sociedade.

Por essa razão, a Constituição brasileira de 1988 inaugurou o chamado constitucionalismo dirigente por possuir normas de caráter programático, ou seja, normas que exigem mais que a complementação legislativa para concretização dos direitos, principalmente, os direitos sociais e os direitos difusos que exigem políticas públicas decorrentes do exercício da função do governo e pressupõe a existência de condições sócio-econômicas favoráveis.

De acordo com Maria Paula Dallari Bucci<sup>190</sup> “*política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo*

186 STF. **A Constituição e o Supremo**. Título VIII. Da Ordem Social. Capítulo VI. Do Meio Ambiente. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/artigo.asp?abrirBase=CF&abrirArtigo=225>. Acesso em: 24 ago. 2023.

187 FREIRIA, Rafael Costa. Judicialização das Políticas Públicas Ambientais: casos teóricos e estudo de casos paradigmáticos. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**. ISSN 2318-5732 -2020. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-Dir-Soc-Pol-Publicas\\_v.8\\_n.2.10.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Soc-Pol-Publicas_v.8_n.2.10.pdf). Acesso em: 24 ago. 2023.

188 STF – MS 22.164 - Rel. Min. Celso de Mello – j. 30-10-1995 – DEJT 17-11-1995.

189 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 7ª reimpr. p. 24.

190 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito jurídico de política pública em Direito. In: (Org.) **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

*de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”.*

Portanto, a busca da efetivação dos direitos humanos positivados e protegidos na Constituição brasileira, principalmente quanto aos direitos sociais e direitos difusos à prestações do Estado, é tarefa árdua que dependem para se concretizarem das chamadas políticas públicas.

## 2. POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS

Nem todos os direitos humanos positivados na Constituição brasileira de 1988 gozam de pleno exercício. Muitos dependem da implementação de políticas públicas por meio de atividade administrativa de natureza material, custeadas por meio de verbas orçamentária.<sup>191</sup>

E, aqui, cabe fazer a distinção entre os termos “vigência”, “eficácia”, “aplicabilidade”, “efetividade” e “concretização” para a almejada justiça social.

Entendemos por vigência a qualidade da norma que passou do degrau a existência, conforme a figura didática da escada ponteana, para o degrau da validade após cumprir todos os requisitos do procedimento legislativo e que com a publicação, tornou-se vigente e de “*observância obrigatória*”.<sup>192</sup>

Após a sua vigência, analisa-se o degrau da eficácia, de tal sorte que “a vigência constitui verdadeiro pressuposto da eficácia, na medida em que apenas a norma vigente pode ser eficaz”.<sup>193</sup> A eficácia, no entanto, poderá ser social e/ou jurídica. De acordo com José Afonso da Silva<sup>194</sup>, “a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica”, dando como exemplo o poder de revogar normas anteriores contrárias. Enquanto que a eficácia social ou efetividade corresponde ao fato da norma ser socialmente eficaz, ou seja, de se fazer cumprir e ser cumprida no plano social.

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>195</sup> sustenta a íntima vinculação entre as noções de eficácia jurídica (eficácia, propriamente dita) e eficácia social (efetividade), constituindo-se a primeira pressuposto da segunda.

Nesse sentido, a ministra relatora Rosa Weber sintetizou, em julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade, que: “da interpretação do art. 225 da Constituição Federal, fundamento normativo do Estado de Direito e governança ambiental, infere-se estrutura jurídica complexa decomposta em duas direções normativas. A primeira voltada ao reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em uma perspectiva intergeracional. A segunda relacionada aos deveres de proteção e responsabilidades atribuídos aos poderes constituídos, aos atores públicos e à sociedade civil em conjunto. A preservação da ordem constitucional vigente de proteção do meio ambiente, densificada nos seus deveres fundamentais de proteção, impõe-se, pois, como limite substantivo ao agir legislativo e administrativo. O que significa dizer que tanto a Política Nacional do Meio Ambiente, em todas as suas dimensões, quanto o sistema organizacional e administrativo responsável pela sua implementação, a exemplo do Sistema Nacional do Meio Ambiente, dos Conselhos Nacionais, Estaduais e Municipais, devem traduzir os vetores normativos do constitucionalismo ecológico e do federalismo cooperativo”.<sup>196</sup>

Assim, não há dúvidas, que o constituinte pretendia atribuir aos direitos humanos difusos um estatuto diferenciado no tocante à sua eficácia jurídica, conforme disposto no §1º do art. 5º, da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”<sup>197</sup>, pois há direitos

191 RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade De São Paulo*, v. 102, p. 327-356. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67758>. Acesso em: 14 ago. 2023.

192 SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 167.

193 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 42.

194 *Ibidem*, p. 55-56.

195 SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Ob. cit.*, p. 167.

196 STF – ADI 4.757 – j. 22.11.2022 – DJE de 1.12.2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/artigo.asp?abrirBase=CF&abrirArtigo=225>. Acesso: 24 de ago. 2023.

197 BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 ago. 2023.

sociais e direitos difusos sediados em normas constitucionais programáticas<sup>198</sup> que gozam de proteção qualificada e eficácia jurídica imediata, mas dependem de uma estruturação material para a sua concretização por meio, como visto, das políticas públicas.

E, em Direito Ambiental temos que a maioria das normas são programáticas e, assim, dependem da elaboração das políticas públicas para sua concretização, como as denominadas: Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97), Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/10) etc. Muitas outras novas “políticas” estão por vir, como a Política Nacional para a Conservação e o Uso Sustentável do Bioma Marinho Brasileiro (PL 6.969/13) e Política Nacional da Fauna (PL 6.268/16).<sup>199</sup>

É certo que o constituinte ao elaborar a Constituição de 1988 considerou os anseios da sociedade e que ela representaria “a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação”<sup>200</sup>, ou seja, não surge do nada, decorre de “fatos históricos ocorridos ao longo do tempo e representa o surgimento de uma nova era de liberdades conquistadas com muita luta e sacrifícios”.<sup>201</sup> E os referidos valores representam “o conjunto de ideias que a sociedade entende como de fundamental importância para reger as relações sociopolítico-econômicas em certo momento; são os anseios sociais necessários para a subsistência da vida em sociedade”.<sup>202</sup>

E, nesse contexto, a Constituição brasileira de 1988, em seu Título VIII, “Da ordem econômica e financeira”, artigos 170 a 192, dispôs: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VI – Defesa do meio ambiente”.<sup>203</sup>

A inclusão da defesa do meio ambiente no capítulo da “Ordem Econômica” – além de estar também previsto no artigo 225 da Constituição – tem relação direta com o princípio do desenvolvimento sustentável que é questão principal para a compreensão do Direito Ambiental.

A ideia de desenvolvimento sustentável refere-se que as atividades a serem desenvolvidas pelos agentes econômicos não podem resultar em danos ao meio ambiente.

Ademais, o Estado deve manter o equilíbrio entre a proteção ao meio ambiente e o desenvolvimento econômico e social, bem como empreender esforços, por meio de políticas públicas, com reserva de orçamento necessário para sua implementação a fim de assegurar o direito ao meio ambiente equilibrado para as atuais e futuras gerações.

### 3. O DESAFIO DA CONCILIAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E A PROTEÇÃO AMBIENTAL: O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O Direito Ambiental tem ganhado cada vez mais relevância à medida que as preocupações com a conservação do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável aumentam globalmente. No contexto brasileiro, a Constituição de 1988 representa um marco importante na evolução das políticas e normas relacionadas ao meio ambiente, sendo a Constituição brasileira de 1988 a primeira em que a expressão “meio ambiente” é citada.<sup>204</sup>

Então, a Constituição Federal de 1988 foi um divisor de águas na história do Brasil. Ela introduziu uma série de princípios e direitos fundamentais, incluindo a preocupação com o meio ambiente. Ela é

---

198 “A razão da norma constitucional programática se relaciona com a enunciação de fins a serem perseguidos pelo Estado. O traço característico das normas programáticas é a fixação de metas sem indicação do meio a ser utilizado na sua concretização. As Constituições sociais possuem a importante missão de impor a realização de políticas públicas mediante prestações positivas por meio de um planejamento adequado” in CORREIA. Carlos Eduardo Nobre. **Eficácia das normas constitucionais programáticas**. Dissertação de Mestrado. Biblioteca Digital USP. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-15032013-080132/pt-br.php>. Acesso em: 28 ago. 2023.

199 MARQUES. Letícia Yumi. As políticas públicas ambientais no ano dos desastres. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2019-dez-24/direito-ambiental-politicas-publicas-ano-desastres#:~:text=Em%20Direito%20Ambiental%2C%20muitas%20leis,10\)%20e%20assim%20por%20diante](https://www.conjur.com.br/2019-dez-24/direito-ambiental-politicas-publicas-ano-desastres#:~:text=Em%20Direito%20Ambiental%2C%20muitas%20leis,10)%20e%20assim%20por%20diante). Acesso em: 24 ago. 2023.

200 LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Líber Iuris, p. 37-43.

201 BARROSO. Leonardo Alves. **A força normativa dos Princípios Fundamentais como vetores do Estado ideal**. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 11, Curso de Constitucional, Normatividade, p. 118. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica\\_118.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_118.pdf). Acesso em: 28 ago. 2023.

202 *Ibidem*, p. 121.

203 BRASIL. [Constituição (1988)]. *Ob. cit.*

204 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21ª ed. rev. ampl. e atual. Malheiros Editores, 2013, p. 147.

também vista como uma constituição dirigente, pois, em conformidade com Bercovici<sup>205</sup>: “define, por meio das chamadas normas constitucionais programáticas, fins e programas de ação futura no sentido de melhoria das condições sociais e econômicas da população”.

Para Rocha<sup>206</sup>, na Constituição Federal, o maior interesse do Estado estava em construir mecanismos a fim de assegurar a sadia qualidade de vida da população brasileira, por isso, coloca o meio ambiente como base essencial, para o alcance desse objetivo.

O desenvolvimento econômico é sem sombra de dúvida um dos objetivos que muitos países e empresas almejam em busca de progresso e crescimento. No entanto, é cada vez mais clara a preocupação de conciliar o desenvolvimento econômico com a proteção do meio ambiente, analisando os desafios ambientais globais e a importância da sustentabilidade para garantir a qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

A Constituição de 1988 lançou as bases para o desenvolvimento do Direito Ambiental Sustentável no Brasil, incorporou dentre diversos princípios fundamentais, o Princípio do Desenvolvimento Sustentável, que busca promover o crescimento econômico de forma equitativa, socialmente inclusiva e ambientalmente responsável. A Constituição Federal de 1988 trouxe a ideia de que o desenvolvimento econômico deve ser conciliado com a preservação ambiental, garantindo a sustentabilidade das atividades humanas.

Vale ressaltar que tal princípio se pauta na ideia de que “o desenvolvimento econômico deve satisfazer as necessidades do presente sem pôr em risco a capacidade das gerações futuras de terem suas próprias necessidades satisfeitas”<sup>207</sup>, como bem salientado no relatório “Nosso Futuro Comum”, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU, conhecido como Relatório Brundtland.

Proteger o meio ambiente é um pilar fundamental do desenvolvimento econômico sustentável, vez que busca atenuar ou evitar os impactos negativos das atividades econômicas sobre o meio ambiente. A sustentabilidade ambiental é fundamental para garantir a disponibilidade e qualidade dos recursos naturais necessários para o desenvolvimento econômico a longo prazo.

A Constituição Federal de 1988 entabulou uma série de avanços significativos no Direito Ambiental Sustentável no Brasil:

1. Criação de Unidades de Conservação: A legislação estabeleceu a criação de parques, reservas e outras unidades de conservação, visando à preservação de ecossistemas naturais;
2. Regulamentação do Licenciamento Ambiental: A obrigatoriedade do licenciamento ambiental para atividades potencialmente poluidoras ou degradadoras foi instituída, buscando controlar os impactos ambientais;
3. Proteção da Biodiversidade: A Constituição reconheceu a importância da diversidade biológica e dos recursos genéticos, estabelecendo regras para sua conservação e uso sustentável;
4. Defesa dos Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais: A proteção dos direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais sobre suas terras e recursos naturais foi reforçada.

A proteção do meio ambiente no contexto do desenvolvimento econômico é regulamentada por um conjunto de normas jurídicas que variam de acordo com cada país. O marco legal ambiental define as obrigações, direitos e responsabilidades das empresas, governos e sociedade em relação à proteção do meio ambiente, por isso, deve ser transparente, atualizado e implementado para assegurar a proteção do meio ambiente e garantir que as atividades econômicas sejam realizadas de forma sustentável.

É considerável que as políticas públicas sejam bem planejadas e implementadas de forma efetiva, levando em consideração a realidade socioeconômica e ambiental de cada região, bem como promovam a participação ativa da sociedade civil e do setor empresarial.

---

205 BERCOVICI, Gilberto. **A problemática da Constituição Dirigente**: algumas considerações sobre o caso brasileiro. Brasília, a. 36, n. 142, p. 35, abr./jun., 1999. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5642042/mod\\_resource/content/1/Aula%203%20-%20Bercovici%20-%20Problem%C3%A1tica%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Dirigente.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5642042/mod_resource/content/1/Aula%203%20-%20Bercovici%20-%20Problem%C3%A1tica%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Dirigente.pdf). Acesso em: 22 ago. 2023.

206 ROCHA, Suyene Monteiro da. Políticas ambientais e desenvolvimento econômico no contexto brasileiro: biodiversidade e biotecnologia caminhos em construção. **Revista de Direitos Difusos**, Ano XV, vol. 63. Letras Jurídicas, 2015, p. 86.

207 BELTRÃO, Antonio G. **Curso de Direito Ambiental**. 2 ed. São Paulo: Método, 2009, p. 34.



### 35 ANOS DA CRFB: os direitos sociais e econômicos e o desenvolvimento sustentável

Apesar dos avanços, o Brasil ainda enfrenta muitos desafios no desenvolvimento econômico sustentável e proteção do meio ambiente. O aumento do desmatamento na Amazônia e a ocorrência frequente de queimadas comprometem a conservação de importantes biomas. A gestão inadequada de resíduos sólidos e a poluição de rios e corpos d'água representam sérias preocupações a serem enfrentadas. A disputa por terras entre interesses econômicos e povos tradicionais ainda gera tensões e ameaça o equilíbrio ambiental.

E o desafio está na conciliação entre a busca pelo crescimento econômico e a proteção do meio ambiente, em encontrar um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental.

Outro desafio considerável é a promoção da justiça social e inclusão nos processos de desenvolvimento econômico sustentável. É importante assegurar que as atividades econômicas sejam socialmente inclusivas, respeitando os direitos e interesses das comunidades locais, povos indígenas, trabalhadores e outros grupos vulneráveis.

O desenvolvimento econômico e a proteção do meio ambiente são temas que se relacionam e são fundamentais para assegurar um futuro sustentável para as próximas gerações. Implementar políticas públicas efetivas, promover a conscientização da sociedade e garantir a justiça social são elementos chave para o avanço do desenvolvimento econômico sustentável e a proteção do meio ambiente. Governo, empresas e sociedade civil devem se unir para promover práticas sustentáveis e garantir a conservação dos recursos naturais para as futuras gerações.

Vale salientar que o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental são objetivos que se complementam. Um desenvolvimento econômico sustentável observa aspectos sociais e ambientais e trará benefícios a longo prazo para a toda a sociedade, proporcionando qualidade de vida, equidade social e a preservação do meio ambiente.

Assim, temos que buscar soluções integradas e sustentáveis para o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a proteção do meio ambiente, objetivando um futuro mais próspero e sustentável.

Em setembro 2015, mais de 150 líderes mundiais participaram da Cúpula das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável em Nova York. Naquela ocasião, foram elaborados e assumidos 17 objetivos (Objetivo 1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares; Objetivo 2. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição; agricultura sustentável; Objetivo 3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades; Objetivo 4. Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos; Objetivo 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas; Objetivo 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos; Objetivo 7. Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos; Objetivo 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos; Objetivo 9. Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação; Objetivo 10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles; Objetivo 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis; Objetivo 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis; Objetivo 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos; Objetivo 14. Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável; Objetivo 15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade; Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis; Objetivo 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável<sup>208</sup> e promover as 169 metas que vinham sendo tratadas em fóruns internacionais desde 2012 (na Rio+20).

Líderes de diversos países assumiram o compromisso de trabalhar para tornar tais objetivos uma realidade em seus países até 2030, sendo certo que tais objetivos devem servir como uma direção para a qual os esforços das políticas públicas governamentais devem ser concentrados, visando promover a inclusão social, o desenvolvimento sustentável e uma governança democrática.<sup>209</sup>

208 ONU. Brasil. 17 Objetivos para transformar nosso mundo. Brasília. Disponível em: Acesso em: 03 de set. 2023.

209 Ministério Público do Estado de São Paulo. **Judicialização das Políticas Públicas Ambientais**: aspectos teóricos e estudos de casos paradigmáticos. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-Dir-Soc-Pol-Publicas\\_v.8\\_n.2.10.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Soc-Pol-Publicas_v.8_n.2.10.pdf). Acesso em: 03 set. 2023.



Assim temos que os objetivos do desenvolvimento sustentável reforçam ainda mais o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto direito humano intimamente ligado com o direito à vida, com qualidade, com sustentabilidade.

## CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 consolidou a base legal para o Direito Ambiental Sustentável no Brasil, reconhecendo o meio ambiente como um direito fundamental e ao longo dos anos, avanços significativos foram alcançados na proteção do meio ambiente e na promoção do desenvolvimento sustentável.

No entanto, desafios persistentes demandam esforços contínuos, tanto no âmbito do legislativo e do executivo na elaboração, planejamento e aplicação de políticas públicas quanto na conscientização da sociedade para a implementação eficaz das políticas ambientais, pois a concretização dos direitos difusos, em especial, do direito ao meio ambiente saudável ecologicamente equilibrado depende da conjugação de esforços dos atores públicos e da sociedade civil.

O desafio permanece quanto a concretização dos Direitos Humanos, pois em matéria de Direitos Humanos, nas palavras do saudoso José Gregori, *“nunca há a última conquista, sempre será a penúltima”*<sup>210</sup>, não só em termos de reconhecimento, positivação, mas, principalmente, na sua concretização.

A luta pela conquista de direitos, pela sua proteção e preservação sempre estarão em pauta e nas pautas de discussões, como exemplo, o embate da exploração de petróleo na foz do Amazonas; o despejo de água radioativa pelo Japão no Oceano Pacífico com os esforços para parceria internacional para promoção e cumprimento das 169 metas para um desenvolvimento sustentável tratadas nos fóruns internacionais.

Como visto, o compromisso com a conservação ambiental e a busca pela harmonização entre desenvolvimento econômico-social e sustentabilidade permanecem como imperativos para garantir um futuro saudável para as gerações presentes e futuras.

---

210 GREGORI. José. **Morre aos 92 anos José Gregori, ex-ministro da Justiça e ex-secretário nacional de Direitos Humanos - hoje, 04/09/2023.** Fantástico. Rede Globo, 2023. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/11917298/>. Acesso em: 04 set. 2023.

## **A EC nº 115/2022 E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS**

### CONSTITUTIONAL AMENDMENT No. 115/2022 AND THE PROTECTION OF PERSONAL DATA IN LABOR RELATIONS

**Nelson Mannrich**<sup>211</sup>

**Alessandra Barichello Boskovic**<sup>212</sup>

**RESUMO:** A proteção de dados pessoais, no Brasil, começou a ser discutida com vistas a uma Lei Geral somente no final de 2010. Desde então, passos importantes foram dados: em abril de 2014 foi promulgada a Lei nº 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet; em agosto de 2018, foi publicada a Lei nº 13.709/18, denominada Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD; mais recentemente, em fevereiro de 2022, passou a vigorar a Emenda Constitucional nº 115, que consagrou, em sede constitucional, o direito fundamental à proteção de dados pessoais. Esse importante arcabouço normativo é aplicável às relações trabalhistas, embora sem previsão expressa: como a CLT e legislação esparsa não regulam proteção de dados pessoais, aplicam-se as mesmas regras tanto às relações contratuais comuns, quanto às de consumo, às trabalhistas ou de qualquer outra natureza. Desde a fase de recrutamento e seleção, o empregador ocupa a posição de controlador de dados pessoais, não apenas daqueles que efetivamente se tornarão seus empregados, mas também dos demais candidatos não contratados e dos dispensados depois. E não tem como ser diferente. A coleta de certos dados pessoais é inerente ao próprio processo decisório que culminará ou não na admissão do trabalhador.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dados pessoais. LGPD. EC nº 115/2022.

**ABSTRACT:** The discussion on a General Law for the protection of personal data in Brazil only began at the end of 2010. Since then, important steps have been taken: in April 2014, Law No. 12,965/14, known as the Internet Act, was enacted; in August 2018, Law No. 13,709/18 (General Data Protection Law – LGPD) was published; more recently, in February 2022, Constitutional Amendment No. 115 came into force, which enshrined the fundamental right to the protection of personal data. This important regulatory framework is applicable to labor relations, although there is no express provision for this: as the CLT and sparse labor legislation do not regulate the protection of personal data, the same rules apply to common contractual relations, as well as to those of consumer, labor or any other nature. It is worth remembering that, from the recruitment and selection phase, until the effective employment contract, the employer acts as a controller of personal data, not only of those who will effectively become their employees, but also of the other non-hired candidates. And it can't be any different. The collection of certain personal data is inherent in the decision-making process itself that will culminate or not in the admission of the worker.

**KEYWORDS:** Personal data. LGPD. Constitutional Amendment No. 115/2022.

---

211 Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Titular de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da USP (aposentado). Presidente honorário e membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Presidente da Academia Iberoamericana de Direito do Trabalho. Coordenador do GETRAB-USP. Advogado sócio do escritório Mannrich e Vasconcelos Advogados.

212 Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), com estágio de doutoramento na Fordham University School of Law. Professora de Direito do Trabalho no curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisadora do GETRAB-USP. Advogada sócia do escritório Mannrich e Vasconcelos Advogados.

## INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, alterou a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e fixar a competência privativa da União para legislar sobre o tema. Acrescentou o inciso LXXIX ao artigo 5º, bem como o inciso XXVI, ao artigo 21, e o inciso XXX, ao artigo 22.

Com isso, o direito à proteção de dados pessoais assumiu status de direito fundamental autônomo, sem vinculação normativa com o direito à privacidade ou ao sigilo das comunicações (incisos X e XII, respectivamente, do artigo 5º, da Constituição Federal).

A trajetória que culminou na constitucionalização do direito à proteção de dados pessoais teve início muito antes. Na legislação infraconstitucional, podem ser mencionados o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Leis nº 12.965/2014 e 13.709/18, respectivamente). Em âmbito internacional, aponta-se, ainda antes, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2012, o Regulamento 2016/679 e a Diretiva 2016/680, do Parlamento Europeu e do Conselho.

Esse arcabouço normativo se apresenta com expressiva relevância no âmbito das relações trabalhistas. Isso porque o empregador ou tomador de serviços deverá inevitavelmente coletar uma série de dados pessoais do trabalhador – e, conforme o caso, de seus dependentes e terceiros.

### 1. EVOLUÇÃO NORMATIVA NO BRASIL: DO PL Nº 4.060/2012 À LGPD

Vivemos tempos de grandes transformações e estamos em meio a uma nova revolução – a chamada Quarta Revolução Industrial, notadamente em função da robótica e inteligência artificial, bem como das novas tecnologias da informação e comunicação, onde novos sistemas inteligentes e novas formas de trabalho determinam o surgimento da chamada economia colaborativa. Chama a atenção a espetacular base de dados coletados – *big data* – e seu tratamento quase simultâneo.

Essa questão da coleta e tratamento de dados pessoais leva o Direito do Trabalho a se repensar em novas dimensões e escancara terrível paradoxo: ao mesmo tempo em que se reforçam e se revisitam os princípios que dão sustentação à dignidade do trabalhador como pessoa humana, sua intimidade e vida privada se apresentam mais vulneráveis do que nunca, como se fosse mera mercadoria. São cada vez mais opacas as fronteiras entre vida pessoal e profissional.

As discussões acadêmicas sobre proteção de dados pessoais não são recentes, mas o debate sobre uma *lei geral*, no Brasil, somente teve início no final de 2010. O primeiro anteprojeto de lei do Poder Executivo (Ministério da Justiça) oferecido à consulta pública pode ser considerado o marco inicial.

Segundo Mariana Marques Rielli, a falta de regulação geral de proteção de dados pessoais deixava o Brasil em descompasso com outros países, causando duplo efeito: “a um só tempo, desprotegia o cidadão contra o uso abusivo de seus dados pessoais e criava um cenário de insegurança jurídica pela ausência de regras padronizadas para os mais diversos setores que tratam dados”.<sup>213</sup>

Por isso mesmo, o anteprojeto de lei buscou estruturar-se sobre rol de princípios de proteção de dados pessoais compatível com a regulação internacional sobre o tema: finalidade, necessidade, proporcionalidade, qualidade, transparência, segurança e livre acesso. A base legal do consentimento recebeu grande ênfase.

Em julho de 2012, foi proposto novo projeto pelo Legislativo (PL nº 4.060/2012). Em 2013, na esteira do escândalo de espionagem revelado pelo ex-analista da Agência de Segurança Nacional Americana, Edward Snowden, as discussões sobre proteção de dados pessoais se acentuaram. Foi instituída a CPI - Comissão Parlamentar de Inquérito da Espionagem e dois novos projetos de lei foram apresentados no Senado: o PL nº 131/2014 e o PL nº 330/2013. O primeiro, decorrente da CPI, estabelecia regras e restrições à circulação de dados pessoais; o segundo, introduzia regras mais abrangentes.<sup>214</sup>

Aprovado em 2014, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) estabeleceu um “microssistema” de proteção de dados pessoais no ambiente virtual.

Quase um ano depois, o Ministério da Justiça conduziu nova consulta pública sobre seu anteprojeto de lei. Com isso, ganharam novo fôlego os debates sobre as propostas ainda em tramitação na Câmara e no

213 RIELLI, Mariana Marques. O processo de construção e aprovação da Lei Geral de Dados Pessoais: bases legais para tratamento de dados em um debate multissetorial. *Revista do Advogado*, São Paulo, SP, ano XXXIX, nº 144, p. 7-14, nov., 2019.

214 RIELLI, Mariana Marques. *Ob. cit.*

Senado. Em 2016, a então Presidente da República, Dilma Rousseff, encaminhou ao Congresso Nacional o PL nº 5.276/2016, que passou a tramitar junto com o PL nº 4.060/12.

Em 14 de agosto de 2018, foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados, conhecida como LGPD (Lei nº 13.709/18). Publicada no DOU (Diário Oficial da União) em 15 de agosto, a lei estava inicialmente prevista para entrar em vigor 18 meses depois, ou seja, em fevereiro de 2020. Entretanto, a Medida Provisória (MP) nº 869/18 (convertida na Lei nº 13.853/2019) alterou a redação do art. 65, da LGPD, para postergar a data de entrada em vigor de parte dos seus dispositivos.<sup>215</sup> Posteriormente, a MP 959/20 (convertida na Lei nº 14.058/20) e a Lei nº 14.010/20 modificaram novamente a redação desse artigo. Conforme redação final do artigo 65, abaixo transcrito, a LGPD entrou em vigor em 3 datas distintas, a depender da matéria: “Art. 65. Esta Lei entra em vigor: (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) I - dia 28 de dezembro de 2018, quanto aos arts. 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A e 58-B; e (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019) I-A – dia 1º de agosto de 2021, quanto aos arts. 52, 53 e 54; (Incluído pela Lei nº 14.010, de 2020) II - 24 (vinte e quatro) meses após a data de sua publicação, quanto aos demais artigos. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)”.

Segundo esclarece Patricia Peck Pinheiro, em termos de realidade brasileira, pode-se considerar curto o prazo previsto pela LGPD para que empresas, governo e sociedade civil tomassem conhecimento e implementassem medidas necessárias ao cumprimento de suas disposições.<sup>216</sup> Isso explica os sucessivos adiamentos da data de entrada em vigor de dispositivos da lei, ao contrário do que ocorreu com a o RGPD, da União Europeia.<sup>217</sup>

A LGPD brasileira tem como fundamentos: “o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais” (art. 2º).

A norma se aplica a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que: a operação de tratamento seja realizada no território brasileiro; a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território brasileiro; ou os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território brasileiro<sup>218</sup> (art. 3º).

Não é alcançado pela lei, contudo, o tratamento de dados pessoais (i) realizado por pessoa natural, para fins exclusivamente particulares e não econômicos; (ii) realizado para fins exclusivamente jornalísticos, artísticos, acadêmicos, de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais; (iii) provenientes de fora do território brasileiro e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto na LGPD (art. 4º).

Como se vê, a LGPD alcança o tratamento de dados pessoais realizado no contexto das relações de trabalho. Deve, portanto, observar os seguintes princípios: boa-fé, finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas (art. 6º).

A lei limita as hipóteses autorizadoras do tratamento de dados pessoais. Para fins de relações de trabalho, interessam-nos as seguintes situações de tratamento de dados<sup>219</sup>: (a) mediante consentimento do titular, fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre sua manifestação de vontade; (b) para cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; (c) quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; (d) para exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral; (e)

215 “Art. 65. Esta Lei entra em vigor: I - dia 28 de dezembro de 2018, quanto aos arts. 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A e 58-B; e (Incluído pela Medida Provisória nº 869, de 2018) II - 24 (vinte e quatro) meses após a data de sua publicação, quanto aos demais artigos. (Incluído pela Medida Provisória nº 869, de 2018).”

216 PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 52

217 O Parlamento europeu e o Conselho Europeu aprovaram o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) no dia 27 de abril de 2016, depois de quatro anos de debates. O regulamento somente entrou em vigor dois anos depois, em 25 de maio de 2018. Trata-se de prazo razoável para que as instituições encarregadas de tratamento de dados se adequassem ao novo marco regulatório.

218 Consideram-se coletados no território brasileiro os dados pessoais cujo titular nele se encontre no momento da coleta.

219 A LGPD traz também outras hipóteses, que não foram aqui mencionadas porque não guardam relação com o Direito do Trabalho. Para acesso ao rol completo, ver artigo 7º, da Lei nº 13.709/2018.

para proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; e (f) quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

## 2. EC Nº 115/2022: O DIREITO CONSTITUCIONAL À PROTEÇÃO DE DADOS

Ante a relevância do tema, em fevereiro de 2019, foi apresentada no Senado Federal a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 17/2019, de iniciativa do Senador Eduardo Gomes. O projeto inicial previa a inclusão de um inciso XII-A, no artigo 5º, e de um inciso XXX, no artigo 22, da Constituição Federal, com a seguinte redação: “Art. 5º, XII-A – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais. Art. 22, XXX – proteção e tratamento de dados pessoais”.

Na justificação, a PEC ressaltou que se, por um lado, o avanço da tecnologia proporciona empregabilidade, prosperidade e maior qualidade de vida, por outro, quando mal utilizada, pode gerar imensuráveis prejuízos aos indivíduos e à sociedade, “dando margem, inclusive, à concentração de mercados”.<sup>220</sup>

É bem verdade que a privacidade tem sido o ponto de partida para discussões sobre o assunto. Mas, consideradas as peculiaridades da proteção dos dados pessoais, constata-se “autonomia valorativa [...] a merecer tornar-se um direito constitucionalmente assegurado”.<sup>221</sup> Diante disso, em que pese a envergadura jurídica da LGPD, foi proposta a Emenda Constitucional para instituir o *direito fundamental à proteção de dados*. Mas, como se observa, o texto inicial da PEC trazia a proteção de dados pessoais como desdobramento do direito ao sigilo das comunicações, estabelecido no inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Quanto à fixação da competência constitucional para legislar sobre o tema, a justificação da PEC destacou que existem diversos projetos de lei estaduais e municipais sobre o tema, e argumentou:

Não há racionalização nisso: a fragmentação e pulverização de assunto tão caro à sociedade deve ser evitada. O ideal, tanto quanto se dá com outros direitos fundamentais e temas gerais relevantes, é que a União detenha a competência central legislativa. Do contrário, pode -se correr o risco de, inclusive de forma inconstitucional, haver dezenas - talvez milhares- de conceitos legais sobre o que é "dado pessoal" ou sobre quem são os "agentes de tratamento" sujeitos à norma legal.<sup>222</sup>

Assim, em vista das vantagens de uma legislação uniforme, a PEC propôs a competência exclusiva da União para legislar sobre proteção de dados.

Em maio de 2019, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, do Senado Federal, apresentou o Parecer nº 45<sup>223</sup>, sobre a PEC nº 17.

De acordo com o parecer, o direito à proteção de dados já encontra proteção reflexa na Constituição Federal, notadamente pela interpretação conjunta dos artigos 1º, inciso III<sup>224</sup>; 3º, incisos I e IV<sup>225</sup>; e 5º, incisos X, XII e LXXII.<sup>226</sup> Apesar disso, ressaltou: “*Todavia, devido à constante evolução dos assuntos ligados à proteção e tratamento dos dados pessoais e a natureza desse tipo de relação em um cenário onde as desigualdades não se situam apenas na relação Estado/particular, mas também entre os próprios particulares, nas relações privadas, se faz imperioso acrescentar, de forma inequívoca, a proteção dos dados pessoais no rol das garantias individuais, ao lado de direitos fundamentais consagrados*”.<sup>227</sup>

220 SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda Constitucional nº 17, de 2019 – Justificação. p. 4.

221 *Ibidem*.

222 *Ibidem*.

223 Relatoria da Senadora Simone Tebet.

224 Constituição Federal, art. 1º. “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]”.

225 Constituição Federal, art. 3º. “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

226 Constituição Federal, art. 5º. “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, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...] LXXII - conceder-se-á “*habeas-data*”: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; [...]”.

227 SENADO FEDERAL. Parecer CCJ nº 45/2019. p. 6.



De acordo ainda com o Parecer, ao incluir a proteção dos dados pessoais no rol de direitos fundamentais, a PEC nº 17 recepciona, em âmbito constitucional, o espírito das Leis nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e 3.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados).

Diante disso, o Parecer opinou pela admissibilidade e aprovação da PEC, com a seguinte redação: *“Art. 5º, XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.”*

Em agosto de 2019, parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados<sup>228</sup> considerou adequada a inserção da proteção dos dados pessoais como direito fundamental, “embora possa ser considerada abrangida pelo princípio de proteção à intimidade expresso também em diferentes dispositivos (arts. 5º, X e LV; 93, IX da Constituição)”. Também reputou necessária a atribuição à União, da competência para legislar privativamente sobre o tema, como meio de evitar conflitos normativos e insegurança jurídica.

Em dezembro de 2019, foi publicado o parecer da Comissão Especial, da Câmara dos Deputados. O documento ressaltou a participação da sociedade civil e de autoridades públicas em cada uma das seis audiências públicas realizadas.<sup>229</sup>

Destaca-se a audiência realizada em 22 de outubro daquele ano, que contou com a participação de Sergio Paulo Gallindo<sup>230</sup> e Laura Schertel Mendes<sup>231</sup>, além de outros representantes da sociedade civil.

Na ocasião, Sérgio Gallindo sugeriu a inserção do direito à proteção de dados no texto constitucional por meio de inciso apartado, argumentando que a proteção de dados independe do sigilo da comunicação estabelecido pelo inciso XII, do artigo 5º. Para Laura Schertel, nesse mesmo caminho, o direito à privacidade é insuficiente: enquanto este possui natureza individual, aquele é de caráter coletivo. Assim, também recomendou sua inserção constitucional por inciso separado, em razão de sua autonomia.

Seguindo nessa direção, o Relator ponderou, em seu voto, que o direito à proteção de dados pessoais reúne as características principais dos direitos fundamentais: “é um direito universal, aplicável a toda e qualquer pessoa e é um direito inalienável ou indisponível”, além de “essencial à formação da personalidade”.<sup>232</sup> É, portanto, imprescindível à dignidade da pessoa: *“a fundamentalização do direito à proteção de dados é não apenas possível, como indispensável para a autodeterminação informativa, limitando as possibilidades e as formas de ação do indivíduo nos tempos atuais”*.<sup>233</sup>

Entretanto, o Parecer da Comissão Especial reconheceu que o direito à proteção de dados transcende o direito à privacidade e não se confunde, simplesmente, com o direito ao sigilo das comunicações. Assim, considerou conveniente que a proteção de dados pessoais tivesse *status* de direito fundamental mediante previsão constitucional em inciso próprio, desvinculado do inciso XII, do artigo 5º. Propôs a inserção de dispositivo autônomo ao final do art. 5º, aprimorando tão-somente a redação do texto aprovado pelo Senado Federal, sem alteração de conteúdo. O primeiro substitutivo do Relator foi apresentado nos seguintes termos: *“Art. 5º, LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais; Art. 21, XXVI – organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei, que disporá sobre a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais. Art. 22, XXX – proteção e tratamento de dados pessoais”*.

Segundo o texto, ainda, para os efeitos do inciso XXVI, do art. 21, o órgão regulador deveria ser entidade independente, integrante da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial.

Após a leitura do voto do Relator, a Comissão Especial ofereceu diversas contribuições, que levaram ao segundo substitutivo do Relator, alterando a redação proposta para o inciso XXVI, do art. 21: *“organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei, que disporá sobre a criação de um órgão regulador independente”*.

---

228 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania à PEC nº 17-A, do Senado Federal. p. 2.

229 As audiências públicas ocorreram no ano de 2019, nos dias 22 e 29, de outubro, e 05, 12, 19 e 26, de novembro.

230 Presidente Executivo da Associação Brasileira de Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação – BRASSCOM.

231 Professora Adjunta da Universidade de Brasília – UnB.

232 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Parecer da Comissão Especial à PEC nº 17-B, do Senado Federal - Ofício nº 521/19-SF. p. 6.

233 *Ibidem*.

Em 10 de dezembro de 2019, a Comissão Especial opinou pela aprovação, com Substitutivo, da Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019, nos seguintes termos: “Art. 5º, LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais; Art. 21, XXVI – organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei, que disporá sobre a criação de um órgão regulador independente. Art. 22, XXX – proteção e tratamento de dados pessoais”.

No dia 31 de agosto de 2021, o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou, em primeiro turno, o Substitutivo à PEC da Comissão Especial. Foi ressalvado o destaque proposto pelo Partido Novo, para votação em separado da expressão “que disporá sobre a criação de um órgão regulador independente”, constante do inciso XXVI, do artigo 21, e, por decorrência, do artigo 4º do Substitutivo, com vistas à sua supressão.

O deputado Vinícius Poit criticou a inclusão, no texto constitucional, de uma autoridade independente de gestão. Para ele, engessaria o modelo e eventual mudança futura demandaria nova PEC. Além disso, se mantida no texto referida expressão, a Agência Nacional de Proteção de Dados teria *status* superior às outras Agências Reguladoras, criadas por normas infraconstitucionais.

Na mesma sessão plenária, foi aprovado o Requerimento nº 1760/2021, dispensando o interstício regimental entre primeiro e segundo turnos de deliberação da PEC na Câmara dos Deputados. Em segundo turno, foi aprovada a redação final, com supressão do texto destacado, determinando-se o retorno da PEC nº 17-C ao Senado Federal, com a seguinte redação: “Art. 5º, LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais; Art. 21, XXVI – organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei. Art. 22, XXX – proteção e tratamento de dados pessoais”.

O artigo 4º do texto original – segundo o qual, para os efeitos do inciso XXVI, do art. 21, o órgão regulador seria entidade independente, integrante da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial – foi suprimido da redação final.

No Senado Federal, o Parecer Plenário nº 242/2021 foi pela constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade da PEC nº 17-C, e, no mérito, pela sua aprovação. Assim, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022<sup>234</sup>, acrescentando o inciso LXXIX ao art. 5º, o inciso XXVI, ao art. 21, e o inciso XXX, ao art. 22: “Art. 5º 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, nos termos seguintes: [...] LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. Art. 21. Compete à União: [...] XXVI - organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXX - proteção e tratamento de dados pessoais”.

Dessa forma, a proteção de dados pessoais alcançou *status* de direito fundamental, material e formalmente constitucional.<sup>235</sup>

### 3. A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

O Constituinte derivado andou bem ao incluir na Constituição Federal a proteção de dados pessoais por meio de inciso autônomo. Ainda que referido direito possa ser compreendido como uma *dimensão* do direito à privacidade, partilhando dos mesmos fundamentos – a tutela da personalidade e da dignidade do indivíduo - seu âmbito é mais abrangente.

Segundo Laura Mendes, a proteção de dados pessoais passa a ser compreendida como fenômeno coletivo. Isso porque eventuais danos causados pelo seu processamento impróprio são, por natureza,

234 Diário Oficial da União. Página 2 do Diário Oficial da União - Seção 1, número 30, de 11/02/2022 - Imprensa Nacional. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=11/02/2022&jornal=515&pagina=2&totalArquivos=269>. Acesso em: 13 jun. 2022.

235 Sobre o conceito de direitos fundamentais formal e materialmente constitucionais, George Marmelstein esclarece: “Além do conteúdo ético (aspecto material), os direitos fundamentais também possuem um conteúdo normativo ou institucional (aspecto formal). Do ponto de vista jurídico, não é qualquer valor que pode ser enquadrado no conceito de direitos fundamentais. Juridicamente, somente são direitos fundamentais aqueles valores que o povo (leia-se: o poder constituinte) formalmente reconheceu como merecedores de uma proteção normativa especial, ainda que implicitamente. Esse reconhecimento formal ocorre através da positividade desses valores por meio de normas jurídicas. Para ser ainda mais preciso, pode-se dizer que, sob o aspecto jurídico-normativo, somente podem ser considerados como direitos fundamentais aqueles valores que foram incorporados ao ordenamento constitucional de determinado país. Dentro dessa concepção, pode-se dizer que não há direitos fundamentais decorrentes da lei. A fonte primária dos direitos fundamentais é a Constituição. A lei, quando muito, irá densificar, ou seja, disciplinar o exercício do direito fundamental, nunca criá-lo diretamente”. (MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 17).

difusos, e exigem tutela jurídica coletiva. Além disso, a privacidade, que até então era compreendida como “o direito negativo de ser deixado em paz (*right to be let alone*)”, passa a ter uma acepção positiva, significando também “o controle dos dados pessoais pelo próprio indivíduo, que decide quando, como e onde os seus dados pessoais devem circular”.<sup>236</sup>

A autora ainda ressalta outra questão importante sobre a proteção de dados pessoais: o problema da igualdade. Para Laura Mendes, a vigilância perpetrada por entes públicos e privados, a partir de informações obtidas em bancos de dados, pode ensejar seleção, classificação e até discriminação – indevida, evidentemente - dos indivíduos, afetando suas oportunidades de vida na sociedade. Os dados pessoais muitas vezes são “determinantes para ‘abrir ou fechar as portas de oportunidades e acessos’”.<sup>237</sup>

Portanto, na perspectiva das relações trabalhistas, a proteção de dados pessoais vai além da tutela da vida privada dos trabalhadores. Alcança também a igualdade de oportunidades e salvaguarda contra condutas discriminatórias com base em informações pessoais de cada indivíduo.

Essa garantia se observa em outros sistemas jurídicos. Na União Europeia, há diversos documentos sobre a matéria: Carta dos Direitos Fundamentais da UE<sup>238</sup>, Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD - Regulamento nº 2016/679<sup>239</sup> <sup>240</sup>, Diretiva sobre a proteção de dados na aplicação da lei (ou Diretiva JAI)<sup>241</sup> e Regulamento nº 2018/1725.<sup>242</sup>

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei nº 13.709/18) vai além da garantia da privacidade. Assegura a autodeterminação informativa, a liberdade de informação e a inviolabilidade da intimidade, honra e imagem, entre outros direitos (art. 2º).

Mesmo sem previsão expressa, a lei alcança as relações de trabalho e de emprego. Como a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e legislação esparsa não regulam a proteção de dados pessoais, aplicam-se as mesmas regras tanto às relações contratuais comuns, quanto às de consumo, trabalhistas ou de qualquer outra natureza.

Desde a fase de recrutamento e seleção, o empregador ocupa a posição de controlador<sup>243</sup> de dados pessoais, não apenas daqueles que efetivamente se tornarão seus empregados, mas também dos demais não contratados, inclusive de trabalhadores de terceiros. E não tem como ser diferente. A coleta de certos dados pessoais é inerente ao próprio processo decisório que culminará ou não na admissão do trabalhador ou decorrente de relações com outros empregadores.

No curso da relação contratual, o empregador também tratará necessariamente dos dados pessoais do empregado. Para celebrar contrato ou preencher o *eSocial*<sup>244</sup>, a lei exige, no mínimo, nome completo, data de nascimento, número do RG, CPF e número da CTPS do empregado. Para concessão de vantagens como vale-transporte e salário-família, também deverá fornecer seu endereço residencial, além de informações de seus dependentes ou familiares, tais como número de filhos e respectivas idades. Para atender obrigações como realização de exames médicos admissionais, periódicos e demissionais, entre outros, o empregador terá acesso a dados relativos à saúde ocupacional de seus trabalhadores. E não termina por aí: biometria e imagem são dados corriqueiramente coletados para fins de acesso ao local de trabalho e/ou controle de

---

236 MENDES, Laura S. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 35-37.

237 *Ibidem*, p. 35-37.

238 Artigo 8º - Proteção de dados pessoais. “1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respetiva retificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.”

239 Com retificação publicada no Jornal Oficial de 23 de maio de 2018.

240 Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (incluindo a retificação publicada no Jornal Oficial de 23 de maio de 2018). Entrou em vigor em 24 de maio de 2016 e é aplicável desde 25 de maio de 2018.

241 Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais. Em outras palavras, a Diretiva visa garantir que os dados pessoais das vítimas, testemunhas e suspeitos de crimes sejam devidamente protegidos e facilitar a cooperação transnacional na luta contra a criminalidade e o terrorismo. Entrou em vigor em 5 de maio de 2016.

242 Estabelece as regras aplicáveis ao tratamento de dados pessoais pelas instituições, organismos e agências da União Europeia, em consonância com o disposto no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados e Diretiva sobre a Proteção de Dados na Aplicação da lei. Estabelece, ainda, a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (AEPD). Esta autoridade é um organismo independente da UE, responsável por acompanhar a aplicação das regras em matéria de proteção de dados nas instituições europeias e por dar seguimento às reclamações. Entrou em vigor em 11 de dezembro de 2018.

243 De acordo com o artigo 5º, VI, da LGPD, controlador é a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”.

244 O *eSocial* é um sistema informatizado da Administração Pública, por meio do qual devem ser reportadas informações sobre todas as relações de emprego mantidas por pessoas físicas ou jurídicas.

jornada, e mesmo para fins de segurança do patrimônio e de terceiros, colhidos por meio de câmeras e outros instrumentos de vigilância.

Como se vê, o tratamento de dados pessoais do empregado, pelo empregador, é necessário e inevitável. Isso deverá ser feito em conformidade com a LGPD e em observância ao direito fundamental à proteção de dados pessoais. São cautelas altamente recomendáveis: coletar apenas os dados estritamente necessários, evitar obter dados sensíveis<sup>245</sup>, adotar as melhores práticas de segurança da informação, restringir o acesso interno aos dados e providenciar seu descarte adequado, quando não mais forem necessários.<sup>246</sup>

O aspecto mais delicado dessa dinâmica repousa sobre as hipóteses legais autorizadas do tratamento de dados. Em que pese o protagonismo do consentimento, na LGPD, esse elemento enseja fragilidades no âmbito das relações de emprego.

Isso porque, notadamente, observa-se, nas relações de emprego, desigualdade entre os sujeitos contratantes. Ressalvada a figura do empregado hipersuficiente, prevista no artigo 444, parágrafo único, da CLT<sup>247</sup>, o Direito do Trabalho brasileiro presume de forma irrestrita a condição de hipossuficiência do trabalhador.<sup>248</sup>

O artigo 5º, XII, da LGPD, conceitua consentimento como a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”. No âmbito da relação de emprego, considerada a hipossuficiência do empregado, é bastante questionável o quão livre, informado e inequívoco é seu consentimento para tratamento de dados pessoais.

Selma Carloto e Livia Clozel esclarecem: “o consentimento deverá constituir uma livre escolha, um ato positivo do titular. Desta forma, se o trabalhador não tiver a possibilidade de recusar, o consentimento não será válido, principalmente se este for condição da contratação”.<sup>249</sup>

Todavia, conforme já mencionado, inexistem no ordenamento jurídico brasileiro normas de proteção de dados específicas para relações de emprego. Aplicam-se, portanto, as regras gerais da LGPD – e, nos termos do artigo 7º, I, da lei, é legítimo o tratamento de dados mediante consentimento de seu titular.

Por isso mesmo são cada vez mais frequentes, nos contratos de trabalho, cláusulas por meio das quais o empregado manifesta sua concordância com o tratamento de seus dados pessoais pelo empregador. Nos termos do artigo 8º, caput e §1º, o consentimento deverá ser fornecido por escrito, em cláusula destacada, ou por outro meio que demonstre manifestação de vontade do titular.

245 Segundo dispõe o artigo 5º, II, da LGPD, dado pessoal sensível é o “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”. A esse respeito, Luciano Martinez esclarece: “Durante a negociação preliminar não se deveria colher dados pessoais sensíveis do entrevistado [...]. Se a coleta de dados dessa natureza for imprescindível à contratação — o que pode ocorrer por tratar-se o empregador de uma instituição de tendência, por exemplo — o tratamento, sob as penas e sob as responsabilidades previstas na referida Lei n. 13.709/2018, somente se dará mediante o fornecimento de consentimento por escrito do titular, em cláusula destacada, ou por outro meio que demonstre a manifestação de sua vontade”. (MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 116).

246 “Em termos práticos, suas obrigações se traduzem em práticas, processos, procedimentos e treinamentos internos que envolvem os departamentos que participarão do processo de seleção. Estabelecer um processo de seleção sério, criterioso, detalhado e, principalmente, fundamentado, antes mesmo de divulgar a vaga para o mercado, é essencial para o atendimento das disposições da LGPD nessa fase. Ressalta-se que tais cuidados devem ser redobrados em caso de criação de “banco de currículos” interno, utilização de ferramentas tecnológicas para seleção de candidatos – que já foram alvo de diversas críticas nos meios sociais, além de objeto de demandas judiciais nos últimos tempos – assim como tratamento dos dados de outros candidatos que nem sequer foram escolhidos para uma determinada posição. Em linhas gerais, entre as recomendações feitas às empresas no que diz respeito à LGPD, destacam-se: (i) solicitação de informações exclusiva e estritamente necessárias para a avaliação e seleção do candidato para uma determinada vaga e função; (ii) definição de processo interno para acesso a arquivos de currículos; (iii) informações claras e transparentes ao candidato a respeito do tratamento que os dados pessoais que constam dos currículos apresentados receberão; (iv) questionamento a respeito da intenção e autorização para manutenção do currículo enviado em bancos de dados para futuras oportunidades; entre outras”. (SILVA, Airton José; ZAVANELLA, Fabiano; KRUG, Pamela; CASTRO E SERPA, Patricia Oliveira; RIBEIRO, Viviane Licia. **Impactos da Lei Geral de Proteção de Dados nas Relações de Trabalho**. In: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira: Análise Setorial** (Volume II). São Paulo: Almedina, 2021, p. 113-114).

247 Considera-se “hipersuficiente” o empregado que possui diploma de nível superior e recebe “salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social” (conforme art. 444, parágrafo único, da CLT). Em julho de 2022, momento de elaboração do presente artigo, o teto no RGPS é de R\$ 7.087,22. Logo, para ser enquadrado como hipersuficiente, o empregado deve receber salário igual ou maior do que R\$ 14.174,44.

248 A esse respeito, menciona-se a doutrina de Guilherme Guimarães Feliciano: “O princípio da proteção atende, portanto, a uma função geral de cariz constitucional (derivada, no Brasil, do art. 7º da CRFB), que é a de reequilibrar materialmente as posições jurídicas das partes geralmente antagônicas nos conflitos laborais (empregado e empregador). Pelo especial amparo jurídico, minimiza-se a vulnerabilidade dos trabalhadores, decorrente da chamada “hipossuficiência econômica”, que no continente jurídico manifesta-se como subordinação”. (FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso Crítico de Direito do Trabalho**: Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 245).

249 CARLOTO, Selma; CLOZEL, Livia. LGPD e o Direito à Privacidade dos Trabalhadores. In: FILHO, Eduardo Tomasevicius. **A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira: Análise Setorial** (Volume I). São Paulo: Almedina, 2021, p. 254-257.



Mas, buscando maior segurança jurídica, as empresas devem procurar outras fontes legitimadoras do tratamento de dados pessoais, além do consentimento. Há hipóteses, previstas na lei, em que o tratamento de dados poderá ocorrer independentemente de consentimento. Destacam-se, pela sua relevância à presente análise: para cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; quando necessários para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados ao contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; e quando necessários para atender aos interesses legítimos do controlador (artigo 7º, incisos II, V e IX).<sup>250</sup> Não há como negar que o empregador tem legítimos interesses econômicos e sociais a justificar o tratamento de dados pessoais de seus empregados.

Isso significa que o tratamento dos dados pessoais não sensíveis coletados durante o processo de recrutamento e seleção, na fase de contratação ou no curso do contrato, quando necessários ao cumprimento de deveres legais impostos ao empregador, independem de consentimento expresso e específico do empregado.

Para Silvia Vale e Rosângela Lacerda, essa autorização legal não deverá servir de oportunidade para violar o direito à autodeterminação informativa do titular dos dados. A coleta de dados deverá, de todo modo, ater-se ao estritamente necessário à execução do contrato e cumprimento das obrigações legais do empregador, não podendo se distanciar dessas finalidades. “Por óbvio, o empregador não pode utilizar os dados pessoais do empregado para desideratos estranhos à relação laboral”.<sup>251</sup>

Em prol da segurança jurídica, recomenda-se a cautela de formalizar a concordância do titular sempre que possível, mas sua falta não implica violação legal do empregador.<sup>252</sup>

Em relação aos dados pessoais sensíveis, a empresa deverá redobrar cuidados, inclusive no que se refere a possíveis práticas discriminatórias. Isso porque, em grande medida, envolvem dados relacionados à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, vida sexual e filiação a organização de caráter religioso, filosófico ou político, entre outros. Exceção são os dados sensíveis que efetivamente necessitarão de tratamento pelo empregador, para os quais o consentimento é exigido, ressalvadas as hipóteses do art. 11, inciso II, da Lei nº 13.709/2018.<sup>253</sup>

Nos termos do artigo 18, § 2º, da LGPD, o titular dos dados pessoais poderá se opor ao respectivo tratamento, com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto na Lei nº 13.709/2018.<sup>254</sup>

Após o término do contrato de trabalho, as empresas também deverão agir em conformidade com a LGPD, providenciando o descarte dos dados dos ex-empregados. A lei não fixa prazo para isso, mas a

---

250 Nesse sentido, menciona-se Flávia Alcassa: “Nas relações de trabalho, de acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) o empregado figura como o titular dos dados e o empregador como o controlador dos dados [...]. O consentimento do titular (empregado) pode ser excepcionalmente dispensado na hipótese da relação de empresa, desde que para obrigação de cumprimento legal, conforme ordena a própria LGPD no seu art. 7º, V e IX [...]. Embora o consentimento seja dispensado nas hipóteses de “execução de contrato ou de procedimentos relacionados a contrato do qual seja parte o titular dos dados do empregado” o seu tratamento merece ainda mais cautela, para não ferir a privacidade do trabalhador, ocasionando danos à imagem, danos de natureza moral, além de prejuízos de ordem material ao empregador”. (ALCASSA, Flávia. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e a exposição de dados sensíveis nas relações de trabalho. **Revista do TRT - 10ª Região**, Brasília, DF, v. 24, n. 2, p. 145-151, jul./dez., 2020).

251 VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do; LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. Lei Geral de Proteção de Dados e relação de emprego: controvérsias. **Revista Magister de Direito do Trabalho**, Porto Alegre, a. 17, n. 99, p. 125-147, nov./dez., 2020.

252 Essa é a lição de Carlos Henrique Bezerra Leite: “[...] ad cautelam, especialmente pelo fato de o consentimento nas relações de trabalho ainda ser alvo de discussões quanto a sua validade, recomenda-se a coleta do consentimento mesmo se fundamentada nas demais bases legais, caso o seu tratamento possa comportar risco ao titular dos dados, seja na esfera material, seja na extrapatrimonial, já que a própria legislação busca proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, bem como o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. É claro que a utilização do consentimento nas relações de trabalho, por si só, não é vedada e pode ser utilizada como fundamento para o tratamento dos dados pessoais de empregados, desde que: o consentimento seja realmente livre; a recusa não implique qualquer consequência negativa para o titular; haja imperiosa necessidade do consentimento para a execução do contrato de trabalho ou para garantia de algum benefício ao titular”. (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 38).

253 LGPD, art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: [...] II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

254 Nesse sentido, a lição de VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do; LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. *Ob. cit.*



interpretação do seu artigo 16, inciso I, autoriza as empresas a mantê-los no curso do prazo prescricional, para fins de eventual produção de prova.<sup>255</sup>

Fabiano Zavanella *et al.* reconhecem que o descarte de dados pessoais na fase pós-contratual pode encontrar desafios, inclusive culturais: “o descarte [...] gera desconforto e receio, principalmente para os advogados, mas o não descarte após certo período, esgotado, por exemplo, o prazo prescricional, também poderá causar, não apenas desconforto, mas a aplicação de sanções e multas pelo armazenamento indevido ou desnecessário”.<sup>256</sup> De qualquer forma, há fundamento legal para se manter os dados pelo menos no período prescricional. Não há posicionamento jurisprudencial a respeito, mesmo porque a legislação é recente.

A EC nº 115 e a LGPD são marcos importantes na construção da cultura de proteção dos dados pessoais dos trabalhadores. Além de exigir as melhores práticas empresariais, contribui para a segurança jurídica.

## CONCLUSÃO

O tratamento de dados pessoais atinge em cheio as relações trabalhistas. Sua regulação jurídica possui dupla finalidade: assegurar proteção ao titular dos dados e conferir segurança jurídica aos controladores, na medida em que esclarecem as regras que regem essa dinâmica.

Por não existir qualquer regramento específico sobre proteção de dados na legislação trabalhista, aplica-se às relações de emprego o disposto na Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei nº 13.809/18). Embora a lei tenha sido promulgada em 2018, o início da sua vigência foi sucessivas vezes prorrogado. Com isso, parte de seus dispositivos só entrou em vigor em 01 de agosto de 2021. Trata-se, portanto, de regulação bastante recente, ainda sujeita a interpretação jurisprudencial e acomodações, por parte do empregador.

A recente Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, por sua vez, conferiu a essa matéria *status* de direito formalmente fundamental. Por essa razão, não poderá ser limitado ou extinto nem mesmo por nova Emenda Constituição (conforme art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal) – ressalvada, evidentemente, a ponderação em caso de colisão com outro direito fundamental.

Em se tratando de dados pessoais necessários à execução do contrato (ou de procedimentos preliminares com ele relacionados) ou ao atendimento de interesses legítimos do controlador – no caso, o empregador – a LGPD dispensa a necessidade de consentimento do titular dos dados. Portanto, quanto aos dados estritamente necessários ao andamento contratual e ao cumprimento das obrigações legais do empregador, não pairam grandes controvérsias. A empresa está autorizada a tratá-los, desde que em conformidade com as exigências legais.

Dificuldade maior recai sobre dados que extrapolam essa esfera, ou, ainda, sobre dados sensíveis, mesmo quando necessários ao andamento contratual – tais como filiação sindical e informações sobre saúde ocupacional. Nessas hipóteses, deve haver consentimento livre, informado e inequívoco do titular dos dados. Entretanto, em relações tipicamente desiguais, como as empregatícias, apresenta-se como verdadeiro desafio.

Em qualquer caso, as empresas deverão coletar apenas dados estritamente necessários, evitar obter dados sensíveis, adotar as melhores práticas de segurança da informação, restringir o acesso interno aos dados e providenciar seu descarte adequado, quando não mais forem necessários.

Não há dúvidas de que, mesmo após o encerramento do vínculo empregatício, o empregador está autorizado a manter os dados do empregado por todo o prazo prescricional. Não há clareza, contudo, sobre a segurança jurídica do descarte ou da manutenção dos dados após referido prazo.

---

255 Nesse sentido, Sílvia Vale e Rosângela Lacerda: “Os dados pessoais, uma vez alcançada a sua finalidade ou extinta a sua necessidade, devem ser prontamente eliminados, consoante dispõe o art. 15, inciso I c/c o art. 16, caput, ambos da Lei nº 13.709/2018. Existem, contudo, exceções a essa regra geral, disciplinadas nos incisos do art. 16, dentre as quais se verifica a possibilidade de manutenção das informações pessoais para cumprimento de obrigação legal, como para emissão de recibos e termos de rescisão de contrato de trabalho, por exemplo. De outra parte, se houver a judicialização de algum conflito acerca da relação de trabalho, também há a necessidade de produção de provas por parte do empregador, sendo admissível a conclusão de que esses dados poderão ficar armazenados, minimamente, durante o prazo de prescrição bienal, na fase pós-contratual, mesmo sem o consentimento do titular, ressaltando-se, mais uma vez, a possibilidade de sua oposição quanto ao tratamento, em caso de descumprimento da lei”. (VALE, Sílvia Isabelle Ribeiro Teixeira do; LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. RIELLI, Mariana Marques. *Ob. cit.*).

256 SILVA, Airton José; ZAVANELLA, Fabiano; KRUG, Pamela; CASTRO E SERPA, Patrícia Oliveira; RIBEIRO, Viviane Lícia. *Ob. cit.*

### 35 ANOS DA CRFB: os direitos sociais e econômicos e o desenvolvimento sustentável

De qualquer forma, o recente inciso LXXIX, do artigo 5º, da Constituição da República, e a LGPD representam importantes avanços na construção de um código de proteção da privacidade dos trabalhadores, definição de boas práticas empresariais e promoção de segurança jurídica.

Em tempos em que a tecnologia sinaliza dominar a sociedade e submetê-la ao império da máquina, inclusive por meio da inteligência artificial, cada vez mais o homem firmará sua supremacia na defesa de sua dignidade. A proteção de seus dados pessoais sinaliza nesse sentido, quando a ética parece esmorecer.

## **ASPECTOS RELEVANTES DOS DIREITOS SOCIAIS, DIANTE DA LIBERDADE ECONÔMICA E DO TRABALHO DECENTE, À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

### **RELEVANT ASPECTS OF SOCIAL RIGHTS, IN VIEW OF ECONOMIC FREEDOM AND DECENT WORK, IN THE LIGHT OF THE 1988 CONSTITUTION**

**Luiz Alberto Pereira Ribeiro**<sup>257</sup>

**Claudine Aparecido Terra**<sup>258</sup>

**RESUMO:** Em homenagem aos 35 anos da Constituição Federal de 1988, o presente artigo tem por objetivo analisar aspectos importantes dos direitos sociais, a partir do primado da dignidade do ser humano, a partir da harmonização da liberdade econômica, sob o prisma do trabalho decente, apreciado sob a ótica dos normativos da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Na elaboração do trabalho se utilizou o método hermenêutico-dialético.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição. Direitos sociais. Liberdade econômica. Trabalho decente.

**ABSTRACT:** In honor of the 35th anniversary of the Federal Constitution of 1988, this article aims to analyze important aspects of social rights, from the primacy of human dignity, from the harmonization of economic freedom, from the perspective of decent work, appreciated from the perspective of the International Labor Organization (ILO) regulations. In preparing the work, the hermeneutic-dialectic method was used.

**KEYWORDS:** Constitution. Social rights. Economic freedom. Decent work.

#### **INTRODUÇÃO**

No presente artigo, elaborado em homenagem a celebração dos 35 anos da Constituição Federal de 1988, serão abordados alguns aspectos importantes da normatização dos direitos sociais do trabalhador à luz dos direitos humanos, dos princípios constitucionais, com reflexos na legislação infraconstitucional.

Por primeiro, a análise leva em conta o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Declaração da ONU de 1948, em resposta as atrocidades observadas na segunda guerra mundial, com ênfase nos direitos dos trabalhadores.

Com efeito, a partir dessas premissas o estudo aponta a importância de se harmonizar a dignidade do trabalho com o princípio da livre iniciativa, igualmente protegido pela Carta de 1988, porquanto podem ser considerados como os dois lados de uma mesma moeda, ou seja, o capital e o trabalho, como entes geradores de riqueza.

---

257 Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado da UEL. Professor Titular do Curso de Direito da PUCPR - Campus Londrina. Advogado em Londrina (PR).

258 Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Mestre em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho. Professor Adjunto do Curso de Direito da PUCPR - Campus Londrina. Líder do Grupo de Pesquisa Arbitragem, mediação e outras Soluções. Advogado em Londrina (PR).

Apresenta-se, por derradeiro, as noções atinentes ao trabalho decente, norteadas especialmente pelas normas emanadas da Organização Internacional do Trabalho (OIT), das quais o Brasil é signatário e que estão em perfeita harmonia com os princípios constitucionais adotados pela Constituição de 1988.

## **1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHADOR: ANÁLISE A PARTIR DA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CONSTITUIÇÃO DE 1988, COM APONTAMENTOS DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL**

O princípio da dignidade da pessoa humana, à luz do contido no seu artigo 1º. da Constituição de 1988, é considerado um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ombreado com valores igualmente importantes como a soberania e a cidadania.

Nessa linha, para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, além de outros princípios, temos a harmonização do valor social do trabalho ao lado da livre iniciativa, os quais podem ser considerados como dois lados de uma mesma moeda, ao se pensar a eficiência econômica mediante a observância do progresso e proteção social dos indivíduos, tendo em conta sua condição de ser humano.

O reconhecimento da dignidade humana a qualquer pessoa decorre do simples fato do nascimento e existência na sociedade, estando presente de forma expressa no preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos<sup>259</sup>, adotada e proclamada pela Resolução n. 217 A – III - da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948, da qual o Brasil foi signatário na mesma data, onde se se pode ler, *in verbis*: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

*Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum, [...] Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades”.*

De sua análise, conclui-se que reconhecer a dignidade humana significa buscar a paz, a justiça e a liberdade, num paradoxo as tristezas decorrentes das guerras. Oportuno salientar que quando referida declaração foi adotada, surgiu como uma reação mundial contra as atrocidades praticadas após a segunda guerra mundial, ou seja, os muitos países que os assinaram o documento da ONU se comprometeram no respeito e difusão, de forma incondicional para a proteção de direitos atinentes a condição humana.

Dentre os quais, a proteção do trabalho humano também se destaca, pois os interesses dos trabalhadores constam no artigo 23 da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948: “Artigo 23. 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo ser humano que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.”<sup>260</sup>

Com efeito, referido normativo traz previsão expressa do direito a todo indivíduo em ter acesso a um trabalho digno e livre, pautado em condições justas, com contraprestação que garanta sua sobrevivência e de sua família com dignidade.

Intimamente ligada a ideia da proteção dos chamados direitos sociais, em especial das relações laborais, oportuno trazer a lume a definição do direito do trabalho com as ideias de DELGADO que afirma ser o “... complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas ...”<sup>261</sup>, ou seja, conecta-se a ideia de um vínculo jurídico singular, moldado por relações específicas que devem responder aos anseios do dispositivo acima destacado da Declaração da ONU..

259UNESCO. Representação no Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Brasília, 1998. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423>. Acesso em: 18 ago. 2023.

260 *Ibidem*.

261DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 49.

Com efeito a proteção ao trabalho, inserido no texto constitucional como um direito fundamental social (art. 7º.), conecta-se “ao mandamento de intangibilidade da dignidade da pessoa humana [...] interligada à garantia de respeito e proteção da dignidade da pessoa humana”<sup>262</sup>

Assim, pode-se asseverar, nesta linha de raciocínio, que a dignidade da pessoa humana se constitui em um relevante valor jurídico com base constitucional, como um elemento fundamental na formação do Estado de direito, funcionando como mecanismo cuja função é de “*rechaçar toda e qualquer norma jurídica que expresse uma falsa valoração do ser humano, por meio de um intento que imponha fins aparentemente mais elevados à custa da própria pessoa*”<sup>263</sup>, pois representa perene garantia individual cada cidadão na busca de “*uma existência não apenas física, mas, também, intelectual e moral, ou seja, exige o resguardo da subjetividade da pessoa*”<sup>264</sup>.

José Afonso da Silva, a seu turno, discorre sobre os direitos fundamentais, aqui inseridos os direitos sociais do trabalhador, os quais são considerados como princípios e normas que tutelam e exercem grande influência nas interações sociais para viabilizar e oportunizar a todos uma convivência digna, com liberdade e igualdade, de forma que se trata de proteger condições e prerrogativas indispensáveis para a sobrevivência da pessoa humana sem as quais ela “*... não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados*”<sup>265</sup>

A partir dessa leitura é importante destacar que a Constituição de 1988 enumera diversas garantias e direitos, erigidas em prol do indivíduo (em pró do respeito e da efetivação dos direitos humanos), tendo em conta sua condição humana, na busca de uma vida digna, em especial a proteção do trabalho esculpida no seu artigo 7º, ao pontificar que seu cumprimento seja alcançado com grande ênfase a melhoria da condição social do trabalhador (“*Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social*”).

## 2. HARMONIA ENTRE OS PRINCÍPIOS DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO E DA LIVRE INICIATIVA A PARTIR DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana foi adotada como um dos fundamentos constitucionais da organização do regime político e econômico no Brasil, com destaque, por oportuno, a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º., inciso II da Constituição de 1988).

Dentro desse contexto, não se pode perder de vista que a exequibilidade plena das garantias fundamentais preconizadas na Constituição de 1988 está ligada a efetivar um rol de direitos consagrados pelo constituinte como vitais, dentre eles os direitos sociais do trabalhador, conforme mensagem inequívoca que se pode se extrair do texto de seu preâmbulo, a seguir reproduzido: “*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL*”<sup>266</sup>.

Por outro lado, com não menos importância deve ser salientado que a Constituição de 1988 igualmente erigiu com especial ênfase o princípio da livre iniciativa como um valor fundante, porém sem se dissociar da valorização do trabalho humano (Artigo 170. “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios*”).

A melhor interpretação dos mencionados dispositivos constitucionais deve harmonizar os ditames do princípio da dignidade da pessoa humana com a atuação econômica emanada da livre iniciativa, de forma que as garantias decorrentes deste princípio sejam preservadas diante das chamadas regras do mercado emanadas da globalização, conforme se pode refletir sobre os ideais de justiça, segundo RAWLS ao ensinar que: “*... a. toda pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais*

262 DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 235.

263 *Ibidem*.

264 *Ibidem*.

265 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 235.

266 UNESCO. Representação no Brasil. *Ob. cit.*



*iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdade para todos. b. as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. A primeira é que devem estar vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e a segunda é que devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade”.*<sup>267</sup>

Com efeito, nas ideias do trecho transcrito colhem-se argumentos do filósofo compatíveis com a defesa da dignidade humana em harmônico contraponto ao preconizado pela globalização, a partir da livre iniciativa e atuação empreendedora na busca do lucro, pois é certo que devem respeitar como cláusula pétrea as liberdades e garantias fundamentais adotadas na Constituição, no tocante ao valor social do trabalho e devem favorecer a superação das desigualdades sociais, em prol do bem comum, ou seja, não se pode conceber o interesse empresarial pautado exclusivamente na busca do lucro, próprio da globalização da economia.

RAWLS<sup>268</sup> salienta os princípios da justiça social são os que “*fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social*”, vale dizer, se de um lado encontram-se os legítimos interesses de lucratividade próprio da livre iniciativa e atividade econômica; por outro viés, da busca o primado da dignidade humana enquanto dogma constitucional persiste válido e vigente e deve ser respeitado como pressuposto básico por todos.

Os agentes econômicos no atuar da atividade empresarial devem atentar para os postulados advindos do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é entendido como o último escopo da ordem econômica, ou seja, devem preservar a valorização do trabalho e os interesses individuais e coletivos dos trabalhadores, para conjugar com seus objetivos empresariais, em especial o lucro, principal componente da iniciativa privada, uma vez que ambos (capital e trabalho) são indispensáveis para o sucesso e o desenvolvimento econômico do país e, por conseguinte, para o desenvolvimento social de forma justa e equânime.

Além do texto Constitucional que disciplina a harmonia da liberdade da liberdade econômica e o princípio da dignidade humana, merece também destaque a análise de normas infraconstitucionais que dizem respeito a temática.

Neste sentido, conectado a esta harmonização, o Código Civil ao apresentar o conceito legal da figura do empresário, também ressaltou a função social da empresa, para ao lado da atividade econômica propiciar a todos que nela interagem, uma existência digna.

Com efeito, é possível constatar que o Código Civil define o que seja empresário, bem como a sua postura, conforme disciplina o artigo 966 do Código Civil.<sup>269</sup>

O dispositivo legal associa a ideia de empresário àquela pessoa que se propõe a empreender, na busca do lucro (componente justo decorrente do risco da atividade), o fazendo de forma profissional e organizada, tendo em vista a ordem econômica vigente no país, em um ecossistema empresarial que adota o regime capitalista, o qual deve ser mitigado pelos ingredientes de índole social.

Assim, todos os envolvidos nas relações econômicas, ou seja, tanto o empresário/empregador, quanto os empregados devem assumir sua parcela de responsabilidade com a justiça social, pois o próprio Código Civil na conceituação do vínculo que liga a ambos, isto é, do contrato, salienta a importância de sua função social, pois estabelece a liberdade dos contratantes (em homenagem a livre iniciativa) harmonizada com o elemento social (dignidade humana), conforme se artigo 421 que pontifica que “*a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”.<sup>270</sup>

Na atualidade, diante da análise dos dispositivos legislativos acima mencionados, pode-se afirmar que os mais importantes institutos jurídicos privados (contrato e empresa) estão impregnados de elementos sociais, pois devem ser interpretados a luz da Constituição de 1988, vinculando, obrigatoriamente, ao pressuposto da dignidade da pessoa humana na busca de justiça social, em contraponto a liberdade pura e simples da atividade econômica.

---

267 RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 345.

268 RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça (Theory of Justice)**. Trad. Almiro Pisetta – Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 5.

269 Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. (BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 17 ago. 2023).

270 *Ibidem*.

Nesse sentido, José Afonso da Silva, escreve com maestria sobre este tema (função social) ao argumentar sobre um outro instituto privado ainda mais tradicional (propriedade privada), na qual se incluem necessariamente, tanto a atividade empresarial como a utilização dos meios de produção, onde o trabalho humano e demais direitos sociais são ingredientes indispensáveis, na textura da atividade econômica: “[...] a iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e esta se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica. Essas considerações são ainda importantes para a compreensão do princípio da necessidade que informa a participação do Estado brasileiro na economia (art. 173), pois a preferência da empresa privada cede sempre à atuação do Poder Público, quando não cumpre a função social que a Constituição lhe impõe”.<sup>271</sup>

Não há dúvida que a matriz econômica brasileira apresenta caráter nitidamente capitalista, com base em valores como a livre iniciativa, a força e a eficácia dos contratos e a propriedade privada, contudo tais elementos devem ser considerados instrumentos para mobilizar a produção de riqueza e desenvolvimento, à luz do mencionado artigo 170 da Constituição que condiciona a atuação dessa estrutura produtiva aos ditames da justiça social.

Neste sentido, é correto afirmar que é função do Poder Público conjugar esforços com os empreendedores, para harmonização da busca do lucro (enquanto legítimo resultado econômico originário das relações privadas), porém ser perder de vista as garantias decorrentes da dignidade da pessoa humana, asseguradas pelos dogmas constitucionais e, de forma especial, a proteção efetiva dos direitos sociais, notadamente aqueles afetos as relações trabalhistas.

O desenvolvimento das atividades empresariais deve resguardar os direitos sociais, em especial aqueles relacionados à organização e proteção do trabalho, de forma a se garantir a prevalência da dignidade da pessoa humana, com o efetivo cumprimento dos direitos fundamentais sociais consagrados pela Constituição de 1988, marco na dignificação social da sociedade brasileira, principalmente em relação aos direitos sociais dos trabalhadores. Assim, cabe ao Estado intervir nessas relações para garantir os referidos direitos, quando necessário.

Com efeito, o judiciário ao interpretar a Constituição de 1988, na aplicação ao caso concreto, pode resgatar a devida supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana, condenar condutas ilícitas de quaisquer dos agentes (empregados e empregadores) que extrapolam o exercício do direito potestativo, por refletirem a negação explícita dos direitos fundamentais sociais proclamados pela mesma carta constitucional, como forma de harmonização aos fundamentos constitucionais já referidos, tanto para o capital, quanto para o trabalho.

O primado da defesa dos direitos sociais à luz da dignidade pessoa humana significa o combate da exploração humana decorrente da precarização das relações de trabalho agravando a pobreza, da ignorância e atacando a cidadania. Alicerce do Estado Democrático de Direito, os direitos sociais, aqui inseridos os direitos dos trabalhadores, devem ser preservados, pois são frutos de difíceis conquistas sociais ao longo dos tempos, materializadas na Constituição de 1988.

Nesta abordagem, oportuno trazer a opinião de Paulo Bonavides, o qual se manifesta com a maestria que lhe é peculiar e afirma que: “[...] desde muito, a doutrina reconheceu nas Constituições duas partes essenciais que representam a convergência jurídica do Estado e da Sociedade, como forças congregadas num pacto de mútua sustentação e convivência. Há, por conseguinte, em toda Constituição, a parte dos poderes e a parte dos direitos; uma reflete o Estado e é a parte organizatória, que tanto institui como distribui a competência; a outra espelha a Sociedade, e é a parte da liberdade e das garantias do ser humano; na primeira avulta o aspecto coercitivo; na segunda, uma espécie de facultas agendi fundamental da personalidade humana que une o indivíduo ao social, ao mesmo passo que exprime a soma de todos os direitos que lhe são deferidos”.<sup>272</sup>

Neste contexto é dever do Estado, em especial do Judiciário, cumprir seu papel ético-cultural de efetivação dos direitos sociais, em especial do Direito do Trabalho, para evitar retrocessos aos primórdios da civilização.

271 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 820-821.

272 BONAVIDES, Paulo. Os Direitos Fundamentais e o Mandado de Garantia Social. In: **A Constituição Aberta**: Temas Políticos e Constitucionais da Atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 1996, p. 182.

O trabalhador não é mero “fator de produção” a serviço da economia globalizada. Com efeito, ele deve ser protegido enquanto ser humano das chamadas regras ditadas pelo mercado, pois cabe ao ordenamento jurídico, por seus poderes constituídos, harmonizar o lucro/interesses econômicos com efetivo respeito aos postulados da dignidade da pessoa humana, dentre os quais os direitos sociais dos trabalhadores, em respeito aos fundamentos essenciais estabelecidos na Constituição de 1988 (dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa).

Neste viés, argumenta ROMITA que o Direito do Trabalho na atualidade, tendo em vista as revoluções tecnológicas, “*gira em torno do eixo do respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores, com a finalidade de implantar o império da dignidade do trabalhador como pessoa humana, como ser que produz em benefício da sociedade*”<sup>273</sup>

Com efeito, a busca do real exercício da função social aplicada aos institutos privados, como o contrato e a empresa, considerados como instrumentos geradores de riqueza, ao lado da força de trabalho humano, devem ser analisados à luz dos dogmas constitucionais erigidos pelo Estado Democrático de Direito, e segundo Arnoldo Wald<sup>274</sup> devem conciliar: “[...] *os interesses, aparentemente conflitantes, mas materialmente convergentes, de investidores, administradores, empregados e consumidores, que constituem os grandes setores da vida nacional. E, aliás, o constituinte definiu os princípios básicos para que a convivência adequada dos vários grupos sociais possa realizar-se, no interesse comum, tanto no presente como em relação ao futuro, em todos os seus aspectos, tanto econômicos como sociais.*”

Pode-se concluir que ao lado do caráter institucional da empresa como instituição que produz riqueza, nos atos de realizar plenamente sua destinação econômica, também impõe, simultaneamente, que sejam adotadas posturas mais humanitárias e solidárias, de forma a contribuir para atingir a prosperidade social, com condutas para valorizarem os componentes sociais, em especial o trabalho, que deve ser considerado um direito de todos e um dever do Estado, não apenas um fator de produção.

### 3. O TRABALHO DECENTE COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

A harmonização das ideias ligadas a liberdade econômica, preconizada pelo artigo 170 da Constituição de 1988, ao lado da indispensável proteção dos direitos humanos à luz da Carta da ONU de 1948, com repercussões na legislação brasileira, como o Código Civil e a própria CLT, encontra uma ressonância muito relevante na observância dos direitos sociais no que diz respeito a proteção da dignidade do trabalho desenvolvido em prol da produção e da divisão de riquezas, com vistas a justiça social.

Assim a ideia de trabalho decente se apresenta como um conceito ligado diretamente a valorização da dignidade da pessoa humana, vale dizer, surge como um elemento de extrema relevância na concepção de que força laboral humana jamais pode ser tratada como um mero componente de índole econômica, isto é, uma mercadoria cujo preço seja aferível em moeda como as demais coisas.

Neste sentido, o trabalho humano não pode ser coisificado, tido como instrumento de produção e parte integrante do preço do produto a ser oferecido ao mercado.

Para se compreender esse raciocínio, busca-se o conceito de trabalho decente no Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente, do qual se colhe o seguinte: “*O Trabalho Decente é uma condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável. Em inúmeras publicações, o Trabalho Decente é definido como o trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna. Para a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a noção de trabalho decente se apóia em quatro pilares estratégicos: a) respeito às normas internacionais do trabalho, em especial aos princípios e direitos fundamentais do trabalho (liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado; abolição efetiva do trabalho infantil; eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de*

273 ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de trabalho**. São Paulo: LTr., 2014, p. 457.

274 WALD, Arnoldo. O Empresário, a Empresa e o Código Civil. In: **O novo Código Civil**: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. Ives Gandra da Silva Martins Filho; Gilmar Ferreira Mendes; Domingos Franciulli Netto, coordenadores. São Paulo: LTr, 2003, p. 841.

emprego e ocupação); b) promoção do emprego de qualidade; c) extensão da proteção social; d) diálogo social”.<sup>275</sup>

O conjunto normativo emanado da Organização Internacional do Trabalho - OIT, em perfeita harmonia com os fundamentos e os direitos sociais do trabalhador estabelecidos na Constituição de 1988, adota o conceito de trabalho decente, como instrumento inegável de proteção dos direitos humanos, sendo absolutamente inconcebível a admissão de situações de coação física ou moral para a execução de trabalho humano.

Em verdade, o que se deve buscar é a harmonização da economia brasileira, de matriz capitalista, com a efetiva proteção dos direitos sociais, nos quais o trabalho tem papel fundamental, a luz dos princípios e regras constitucionais vigentes, que é o de respeito e valorização da pessoa humana pelo trabalho (e não somente por ele).

No contexto, a OIT, na 86<sup>a</sup>. Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em junho/1998, firmou a Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho<sup>276</sup>, organizada em quatro eixos principais, previstos no seu artigo 2<sup>o</sup>., quais sejam: (i) o respeito à liberdade sindical e de associação e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (ii) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; (iii) a efetiva abolição do trabalho infantil; e (iv) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Existe uma preocupação da OIT para que os seus países membros garantam o compromisso universal de proteção ao trabalho humano, à medida que referida Declaração salienta a preocupação que “o crescimento econômico é essencial, mas insuficiente, para assegurar a equidade, o progresso social e a erradicação da pobreza (...)”.<sup>277</sup>

Posicionando-se contra o trabalho escravo, ou seja, no reconhecimento da necessidade de que o trabalho seja decente, também podem ser mencionadas normas presentes na Convenção n<sup>o</sup>. 29 da OIT – Organização Internacional do Trabalho foi aprovada na 14<sup>a</sup> reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra -1930), no Brasil a aprovação pelo Decreto Legislativo n. 24, de 29.5.1956, ratificada em 25 de abril de 1957 e promulgada pelo Decreto n. 41.721, de 25.6.1957, passando a ter vigência no país em 25.04.1958.<sup>278</sup>

Do magistério de Luiz Eduardo Gunther, no contexto da caracterização do trabalho decente colhem-se as seguintes ideias sobre os normativos da OIT: “[...] a finalidade da Declaração é promover o respeito dos direitos humanos e não castigar omissões. Nesse sentido, a persuasão moral, respaldada por uma informação amplamente difundida, podem ser alertas poderosos. Essa defesa da cláusula social, às vezes acusada de fazer o jogo dos países desenvolvidos, movimenta-se em duas direções principais. A primeira delas, consiste em unificar o interesse dos trabalhadores organizados, no movimento sindical internacional, pois busca introduzir uma tendência oposta ao rebaixamento das condições sociais via diminuição de salários e precarização das relações trabalhistas. A segunda direção indica que setores do empresariado passaram a um movimento de defesa da ética nas relações comerciais, que apresenta alguns pontos de convergência com a luta dos trabalhadores.”<sup>279</sup>

Compulsando a opinião do doutrinador, pode-se afirmar que os normativos emanados da OIT ao mencionar os compromissos para valorização do trabalho decente, a serem cumpridos por seus países membros, longe de enunciar novos direitos, na realidade está trazendo a lume a reafirmação de princípios e fundamentos de suma importância para efetiva proteção dos direitos humanos, à luz da Carta de direitos humanos da ONU, em total harmonia com a Constituição de 1988, tida como uma verdadeira Constituição Cidadã, alicerçada em direitos e garantias que privilegiam a dignidade da pessoa humana (aqui inserido os direitos dos trabalhadores) com vistas a efetivar o Estado Democrático de Direito.

275BRASIL. **Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente**. Brasília, 2010, p. 11. Disponível em: [http://acesso.mte.gov.br/data/files/FF8080812C9B6972012CA80F703C5BBEplano\\_nacional\\_web\\_portugues.pdf](http://acesso.mte.gov.br/data/files/FF8080812C9B6972012CA80F703C5BBEplano_nacional_web_portugues.pdf). Acesso em: 29 ago. 2023.

276 OIT. **Declaração dos Direitos e Princípios 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: 26 jul. 2023.

277 *Ibidem*.

278 OIT. **Convenção 29**. Disponível em: [http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS\\_235021/lang-pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235021/lang-pt/index.htm). Acesso em: 06 ago. 2023.

279 GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 77-78.

## CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 completa 35 anos. Institucionalizada como uma Constituição Cidadã observamos nessa trajetória dos seus 35 anos várias conquistas e enormes desafios, inclusive através de processos de emendas constitucionais com o “objetivo”, no âmbito dos direitos sociais dos trabalhadores, de se adequar as necessidades e as novas realidades do mundo moderno.

Não obstante, a mesma tem-se mantida íntegra aos seus fundamentos basilares (Constituição Cidadã), principalmente em relação a efetivação dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, aqui inseridos os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores; ao mesmo tempo que enfatiza o princípio da liberdade de atuação dos agentes econômicos (artigo 170 da Constituição), como dois lados de uma mesma moeda (capital e trabalho) que juntos devem propiciar a geração e a distribuição de riquezas, bem como o desenvolvimento da sociedade com vistas a justiça social e, por conseguinte, a efetivação do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, o Estado, principalmente o Judiciário, possuem uma importância essencial na efetivação dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores e na tutela dos mesmos, direitos e garantias estas estabelecidas na Constituição de 1988, e reconhecidas pelos instrumentos internacionais normativos, principalmente pelo OIT, primando pela melhoria das condições dos trabalhadores, ao trabalho decente, à dignidade da pessoa humana e pela busca da justiça social.

Após 35 anos de “vida” a Constituição de 1988 se apresenta, ainda mais, como essencial para a sociedade brasileira, adequada aos anseios, as dificuldades e as realidades que se apresentam, como um instrumento de luta e de garantia dos direitos da pessoa humana e, também, dos direitos sociais dos trabalhadores, harmonizando a liberdade econômica e o trabalho decente, com vistas a efetivar o princípio fundamental da Justiça Social através do desenvolvimento sustentável e da distribuição de renda e, desta forma, efetivar o Estado Democrático de Direito.



## **O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL E A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO**

### **THE PRINCIPLE OF SOCIAL FUNCTION IN THE CONSTITUTIONAL ORDER AND THE POSITION OF THE FEDERAL SUPREME COURT ON OUTSOURCING**

**Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante\***

**Maria Lúcia Menezes Gadotti\*\*\*\*\*\*\***

**RESUMO:** O presente estudo tem por finalidade discorrer sobre a função social na ordem constitucional e analisar a sua aplicação às relações do trabalho. Para tanto, abordou-se a ideia original de propriedade, a sua inserção nos ordenamentos jurídicos internacionais e nacional, a evolução do conceito para o reconhecimento de sua função social, alcançando-se, ao final deste primeiro tópico, a função social da empresa inserta em várias normas de nosso arcabouço. No segundo tópico, discute-se a terceirização e sua constitucionalidade, apontando julgamentos recentes do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, questionando a sua compatibilidade com a função social da empresa, os princípios e fundamentos da Constituição Federal, especialmente valorização do trabalho e livre iniciativa, e os objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) n<sup>os</sup> 8 e 10, da agenda 2030, da Organização das Nações Unidas (ONU) - trabalho decente e crescimento econômico e redução das desigualdades.

**PALAVRAS-CHAVE:** Função social da empresa. Livre iniciativa. Valorização do Trabalho. Terceirização. Supremo Tribunal Federal.

**ABSTRACT:** The purpose of this study is to discuss the social function in the constitutional order and analyze its application to labor relations. To this end, the original idea of property was addressed, its inclusion in international and national legal systems, the evolution of the concept towards the recognition of its social function, reaching, at the end of this first topic, the social function of the inserted company in various norms of our framework. In the second topic, outsourcing and its constitutionality are discussed, pointing out recent decisions of the Federal Supreme Court on the subject, questioning its compatibility with the company's social function, the principles and foundations of the Federal Constitution, specially valuation of human work and free enterprise, as well as the sustainable development objectives (SDG ) in 8 and 10, of the 2030 agenda, of the United Nations (UN) - decent work and economic growth and reduction of inequalities.

**KEYWORDS:** Company's Social function. Free Enterprise. Valuation of Human Work. Outsourcing. Federal Supreme Court.

---

\*\*\* Professor universitário. Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Integração da América Latina pela USP/PROLAM. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Pesquisador do GETRAB-USP. E-mail: j.cavalcante@live.com.

\*\*\*\*\* Advogada. Especialista em Direito do Trabalho e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica (PUC), Doutoranda em Direito do Trabalho pela Universidade Nacional de Córdoba (UNC), Professora da Fundação Instituto de Administração (FIA). Conselheira do CORT-FIESP e da APRES. Membro do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito do Trabalho, da ILERA-OIT e da Comissão de Direito Sindical da OAB/SP. Relatora do TED-3 da OAB/SP. Pesquisadora do GETRAB-USP. E-mail: mlgadotti@uol.com.br.

## INTRODUÇÃO

O direito à propriedade sempre ocupou lugar de destaque nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo. A sua concepção passou por um processo evolutivo e modificativo, de direito um absoluto a um direito subordinado ao interesse social.

Antes de adentrarmos o tema central do artigo, descrevemos este processo nos ordenamentos jurídicos internacional e nacional, até chegarmos ao conceito de função social da empresa, que perpassa pelos fundamentos e princípios das ordens social e econômica estabelecidas na Constituição Federal, entre os quais a valorização do trabalho humano, a dignidade da pessoa humana, a livre iniciativa e concorrência, a função social da propriedade, entre outros.

Pautados nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e na sistemática de precedentes sobre o tema, discutimos a constitucionalidade da terceirização à luz da função social da empresa e a sua aplicabilidade às relações de trabalho.

## 1. O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL: DA FUNÇÃO DA PROPRIEDADE À FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Inspirada por ideais iluministas e liberais, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte da França (1789) e reconheceu o direito à propriedade como “inviolável e sagrado”, não podendo ninguém ser privado desse direito, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização (artigo 17). Com isso, a propriedade privada encontra-se no rol dos direitos de primeira dimensão, considerado um “direito absoluto e individual” à época.

Essa concepção do direito absoluto de propriedade foi acolhida pelo Código Civil de Napoleão (1804) (artigo 544).

Um século depois da Revolução Francesa, a concepção da função social da propriedade<sup>280</sup> surge na doutrina social da Igreja Católica<sup>281</sup> e nos debates dos positivistas do século XIX.

Em 1889, Otto Friedrich von Gierke foi o primeiro jurista a defender “a missão social do direito privado”. Pouco tempo depois, Léon Duguit, inspirado nos postulados filosóficos do positivismo de Augusto Comte, lança as premissas da doutrina sobre a função social da propriedade em conferência realizada na Faculdade de Direito de Buenos Aires (1911).<sup>282</sup>

Partindo do pressuposto de que a propriedade não é um direito subjetivo, mas é a própria coisa, em que o direito objetivo (direito à coisa) é protegido pela regra social perante outrem, segundo sua finalidade, Léon Duguit<sup>283</sup> passa a defender que o: “[...] direito positivo não protege mais o alegado direito subjetivo do proprietário, mas garante a liberdade do titular de uma riqueza cumprir a função social que lhe foi confiada pelo próprio fato de sua detenção, e assim eu posso dizer acima de tudo que a propriedade se socialize.”

Em outras palavras, “[...] o proprietário não tem o direito subjetivo de usar a coisa segundo seu arbítrio exclusivo de sua vontade, mas o dever de empregá-la de acordo com a finalidade assinalada pela norma de direito objetivo”.<sup>284</sup>

Com grande avanço social, a Constituição do México (1917) e a Constituição de Weimar (1919) foram as primeiras a impor limites à propriedade privada em prol da coletividade.

Apesar dos antecedentes históricos mencionados, a concepção da função social da propriedade se consolida no período entre as duas Grandes Guerras, na “tentativa de conciliar a tradição liberal e a inspiração socialista”.<sup>285</sup>

Previsto na Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (1949) (artigo XVII), somente com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)

280 Santo Agostinho e São Tomás de Aquino lançaram as primeiras concepções de uma aplicação social da propriedade.

281 A doutrina social da Igreja Católica é explicitada sobre o tema em várias Encíclicas, entre elas, Rerum Novarum (Papa Leão XIII, 1891), Quadragésimo Anno (Papa Pio XI, 1931), Mater et Magistra (Papa João XXIII, 1961) e Populorum Progressio (Papa Paulo VI, 1967).

282 COSTA, Moacyr Lobo da. **Três estudos sobre a doutrina de Duguit**. São Paulo: Ícone, 1997, p. 32.

283 DUGUIT, Léon. **Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon**. Paris: Librairie Félix Alcan, 1912, p. 160.

284 COSTA, Moacyr Lobo da. *Ob. cit.*, p. 32.

285 ALMEIDA, Paulo Guilherme de. **Direito agrário: a propriedade imobiliária rural**. São Paulo: LTr, 1980, p. 21.

(1969), o direito de uso e gozo da propriedade privada passar a ser subordinado ao interesse social (artigo 21).<sup>286</sup>

No sistema jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1934 garantiu o direito à propriedade privada, mas que não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo (artigo 137, n. 17). No Texto Constitucional de 1946, previu-se que o uso da propriedade estava condicionado ao bem-estar social (artigo 147).

Com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, José Diniz de Moraes<sup>287</sup> afirma que houve o reconhecimento explícito do princípio da função social da propriedade na ordem constitucional. A expressão “função social da propriedade” passou a ser adotada pelo legislador constituinte em 1967.

Na Constituição Federal de 1988, no capítulo Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, o direito de propriedade está garantido, sendo que a propriedade deve atender sua função (artigo 5.º, XXII e XXIII), e, entre os princípios gerais da atividade econômica, o constituinte elenca a propriedade privada e sua função social (artigo 170, II e III). Além disso, a função social relaciona-se com a desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária (artigo 184) e com a progressividade do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) (artigo 156).

Como enfatiza Celso Ribeiro Bastos,<sup>288</sup> “Atualmente o que se assegura é a propriedade simultaneamente propiciadora de gozo e fruição pelo seu titular e geradora de uma utilidade coletivamente fruível”.

Assim, existe uma vinculação social da propriedade, no estabelecimento da conformação ou limitação do direito.<sup>289</sup> A base da subsistência e do poder de autodeterminação do homem moderno, segundo Konrad Hesse,<sup>290</sup> “não é mais a propriedade privada em sentido tradicional, mas o próprio trabalho e o sistema previdenciário e assistencial instituído e gerido pelo Estado”.

No sistema infraconstitucional, o Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964) assegura a todos o acesso à propriedade, desde que atendida a sua função social (artigos 2.º, 12 e 13).

O Código Civil de 2002 demonstra a preocupação com a função social em vários momentos, relacionando-a com o exercício do direito (artigo 187), com os contratos (artigo 421) e com o direito de propriedade (artigos 1.228 e 2.035).

A expressão “função social da propriedade”, para Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>291</sup> possui dois sentidos distintos. No primeiro, a propriedade deve ser economicamente útil, produtiva, de maneira a satisfazer as necessidades sociais. Além disso, o uso da propriedade está vinculado a objetivos de justiça social, com uma sociedade mais igualitária ou menos desequilibrada, na qual a propriedade (acesso e uso) vai no direciona a proporcionar novas oportunidades, independentemente da utilização produtiva que porventura já tenha.

Nas palavras de Paulo Guilherme de Almeida,<sup>292</sup> a função social da propriedade consiste “[...] na observância de determinadas condições no exercício do direito de propriedade, no sentido de que este exercício considere os interesses da coletividade, que não podem ser prejudicados pelo titular do domínio”. Em outras palavras, a propriedade privada se “justifica desde que cumpra sua função social”.<sup>293</sup>

De forma objetiva, o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) dispõe que a propriedade urbana cumpre a função social, quando atende às “exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas” (artigo 39).

---

286 GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010, p. 176-178.

287 “O condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social era, inegavelmente, o reconhecimento explícito do princípio da função social da propriedade. Inobstante o caráter programático do dispositivo, estava o legislador autorizado a intervir no domínio privado em benefício de toda a sociedade e a condicionar o exercício do direito de propriedade a um fim social” (MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 39).

288 BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7, p. 22.

289 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 321.

290 HESSE, Konrad *apud* Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional**. p. 322.

291 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Novos aspectos da função social da propriedade no direito público. **Anais do XII Congresso de Procuradores dos Estados**. Salvador, 1986, p. 72-73.

292 ALMEIDA, Paulo Guilherme de. *Ob. cit.*, p. 17.

293 *Ibidem*, p. 18.

O princípio da função social da propriedade, nas lições de José Diniz de Moraes,<sup>294</sup> apresenta-se de três formas distintas: a) como princípio geral de direito; b) como princípio politicamente conformador (ou princípio fundamental); e c) como princípio-garantia.

Na forma de princípio geral de direito, a função social da propriedade possui eficácia autônoma e incidência direta no direito de propriedade, prescindindo de indicação legislativa.<sup>295</sup>

Como princípio politicamente conformador, a função social tem como endereço a atividade econômica e produtiva, ou seja, “norma propulsora da atividade legislativa e administrativa”, devendo ser objeto de atenção constante do legislador.<sup>296</sup>

Por fim, como princípio-garantia, o princípio constitucional em estudo “*deixa de ser conceito aberto e de propulsão, para se concretizar na norma de forma determinada e objetiva em relação aos bens afetados (norma de concreção)*”.<sup>297</sup>

José Diniz de Moraes<sup>298</sup> assevera ainda que, em suas diversas manifestações, o princípio constitucional é dirigido não só ao proprietário, mas também ao não proprietário, ao magistrado, ao administrador e ao legislador.

No início dos anos 1980, Eros Roberto Grau<sup>299</sup> aduziu que o princípio da função social e o direito de propriedade são compatibilizados pela ordem constitucional vigente (artigo 160, III, Emenda Constitucional 1/1969), denominando-o de “propriedade-função social”. Ao relacionar princípio da função social com a propriedade dos bens de produção, Eros Grau<sup>300</sup> colocou que se tem a disciplina jurídica da propriedade desses bens, implementada sob o compromisso de sua destinação (trata-se da “função social da empresa”).

Ao explicitar a “função social ativa”, Eros Grau<sup>301</sup> sustentou existir uma fonte de imposição de comportamento positivo, isto é, prestação de fazer, e não apenas de não fazer.

Ao associar a função social de propriedade, com os bens de produção, Fábio Konder Comparato<sup>302</sup> ensina que: “*Constitui função legítima da propriedade privada, tradicionalmente, prover o indivíduo e sua família dos recursos necessários ao atendimento das necessidades básicas da existência. No desempenho dessa função, no entanto, a propriedade privada vem sendo suplantada, hodiernamente, por garantias várias, ligadas ao trabalho e às prestações sociais devidas pelo Estado. [...] A chamada função social da propriedade representa um poder-dever positivo, exercido no interesse da coletividade, e inconfundível, como tal, com as restrições tradicionais ao uso de bens próprios.*”<sup>303</sup>

Sobre o princípio da garantia da propriedade privada dos bens de produção entre os princípios da ordem econômica, Eros Grau<sup>304</sup> enfatiza que não se trata apenas de afetá-los pela função social, mas “[...] de subordinar o exercício dessa propriedade aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna”.

No que se refere à função social da empresa, o legislador elenca expressamente tal princípio em algumas oportunidades.

A Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/1976) determina que o acionista controlador deve usar os poderes que detém para que a empresa alcance seu objeto e para cumprir sua função social (artigo 116, parágrafo único). O administrador, por sua vez, exerce suas atribuições legais e estatutárias para lograr os fins e, no interesse da companhia, satisfazer as exigências do bem público e da função social da empresa (artigo 154).

Ao disciplinar a recuperação judicial das empresas, a Lei 11.101/2005 coloca como objetivo desse instituto, entre outros, a função social da empresa (artigo 47).

---

294 MORAES, José Diniz de. *Ob. cit.*, p. 70.

295 *Ibidem*, p. 71.

296 *Ibidem*, p. 72.

297 *Ibidem*, p. 73.

298 MORAES, José Diniz de. *Ob. cit.*, p. 75.

299 GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 127.

300 *Ibidem*, p. 128.

301 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 239.

302 COMPARATO, Fábio Konder. A função social da propriedade dos bens de produção. Tema apresentado no XII Congresso Nacional de Procuradores do Estado, realizado em Salvador (1986). **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 27-37.

303 COMPARATO, Fábio Konder. Função social de propriedade dos bens de produção. **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1, p. 135.

304 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 15. ed., p. 247.

Ao analisar a temática, Manoel Justino Bezerra Filho<sup>305</sup> lembra que a recuperação judicial da empresa prende-se “[...] ao valor social da empresa em funcionamento, que deve ser preservado não só pelo incremento da produção, como, principalmente, pela manutenção do emprego, elemento de paz social”. Trata-se de manter a “atividade empresarial em sua plenitude” (“manutenção da fonte produtora”).<sup>306</sup>

A Lei 10.973/2004, com as alterações da Lei 13.243/2016, prevê medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, visando à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do País. As medidas a serem adotadas deverão almejar, entre outras questões, a promoção das atividades científicas e tecnológicas como estratégias para o desenvolvimento econômico e social.

Enoque Ribeiro dos Santos<sup>307</sup> enfatiza a limitação da autonomia da vontade nos contratos pela sua função social: “Assim, ao mais fraco deve ser conferido um standard mínimo de Direitos e de proteção jurídica que possibilite o mínimo indispensável a uma vida digna. E esse standard mínimo de Direitos é conferido pela função social do contrato, que vem estampada no novo Código em inúmeras regras que reprimem os atos não socialmente desejáveis e que objetivam prevenir e punir atos prejudiciais.”<sup>308</sup>

Além disso, o princípio da função social “[...] pressupõe que a utilização do bem e o desenvolvimento do contrato devem atender à conveniência social, devendo ajustar-se aos interesses de toda a sociedade”.<sup>309</sup>

Com isso, a aplicação do princípio da função social aos bens de produção, em especial à empresa, como bem ressaltou Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>310</sup> somente se alcança quando a empresa é economicamente útil, produtiva, de maneira a satisfazer as necessidades sociais, e, de outra banda, busca-se atingir os objetivos de justiça social. A função social da empresa estará satisfeita, segundo Fabio Ulhoa Coelho,<sup>311</sup> quando houver contribuição para o desenvolvimento econômico, social e cultural, com adoção de práticas sustentáveis, criação de empregos, pagamento de tributos, respeito ao direito dos consumidores. Assim, para que se obtenha sua finalidade, é imprescindível que a empresa atenda exigências de natureza social e o respeito aos direitos difusos, coletivos e individuais, como as ambientais, as consumeristas, as trabalhistas etc.

No que tange especificamente à função social da empresa e sua pertinência com as exigências trabalhistas, além de ser fundamental o efetivo cumprimento da legislação interna, atribuindo-lhe máxima efetividade<sup>312</sup> (artigo 5.º, § 1.º, CF), a empresa deve observar o sistema internacional de normas, de modo a garantir o direito da negociação coletiva de trabalho, conjugando-o com o direito de informação e de consulta aos representantes dos empregados previsto na Carta da Organização dos Estados Americanos.

No âmbito da OIT, o “papel sustentável e social” das empresas foi enfatizado na Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social (Declaração EMN, 1977). A Declaração EMN sofreu algumas atualizações, sendo a mais recente em 2017, e está em sintonia com os princípios orientadores globais para as empresas (Comissão de Direitos Humanos da ONU, 2011), com os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM’s) (ONU, 2000) e com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (ODS’s) (ONU, 2015). Nesse contexto, também se destaca o Pacto Global (2013).<sup>313</sup>

Na Agenda 2030, estão elencados 17 Objetivos e 169 metas, que tencionam equilibrar as dimensões econômica, social e ambiental para o alcance do desenvolvimento sustentável. Dentre tais objetivos, estão o trabalho decente e crescimento econômico (ODS nº 8) e a redução de desigualdade dentro e entre países

305 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei 11.101/2005, comentada artigo por artigo. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 155.

306 *Ibidem*, p. 155.

307 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **A função social do contrato, a solidariedade e o pilar da modernidade nas relações de trabalho**. De acordo com o Novo Código Civil brasileiro. São Paulo: LTr, 2003, p. 11.

308 *Ibidem*, p. 29.

309 *Ibidem*, p. 35.

310 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ob. cit.*, p. 72-73.

311 COELHO, Fabio Ulhoa. **Princípios de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

312 “O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. [...] Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente regulamentadoras de relações jurídicas.

Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5.º, § 1.º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ob. cit.*, p. 154).

313 Sem caráter normativo, o Pacto Global é uma iniciativa desenvolvida pelo ex-secretário-geral da ONU, Kofi Annan, com o objetivo de mobilizar a comunidade empresarial internacional para a adoção, em suas práticas de negócios, de valores fundamentais e internacionalmente aceitos nas áreas de direitos humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção refletidos em 10 princípios. O Pacto Global é uma iniciativa importante e base para a criação da ISO 26000 de RSE.



(ODS nº 10), objetivos referendados pelo Supremo Tribunal Federal na análise e julgamento dos temas relacionados à terceirização no âmbito das relações de trabalho.

A Declaração Sociolaboral do Mercosul (1998, revisada em 2015), atribui aos Estados-membros o papel central no processo de desenvolvimento regional a partir de dois eixos, o trabalho decente (artigo 2º) e a empresa sustentável (artigo 3º). Além disso, reafirmam a centralidade do emprego nas políticas públicas, para o desenvolvimento sustentável e econômico da região (artigos 21 e 22).

## 2. TERCEIRIZAÇÃO E SUA CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, considera, como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, entre outros, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. O artigo 3º, do Texto Constitucional, por seu turno, enumera, como objetivos fundamentais, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, no capítulo I, do Título VII, a Carta Social afirma, no artigo 170, que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por objetivo assegurar a todos uma existência digna. Dentre os princípios enumerados pelo artigo 170, estão a função social da propriedade (inciso III), a livre concorrência (inciso IV), a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII) e o pleno emprego (inciso VIII). O § único deste dispositivo assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo os casos previstos em lei. O artigo 193, por seu turno, estabelece que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

A empresa é um agente social do arcabouço na busca e concretização dos ideários constitucionais. A importância da sua função social e da ordem econômica deve ser reconhecida, equilibrando-se, nas relações de trabalho, com os direitos assegurados aos trabalhadores, seja pelas normas nacionais, seja pelas internacionais.

Neste contexto, se insere a discussão sobre a constitucionalidade da contratação de mão de obra terceirizada para a consecução da atividade-fim da contratante, vedada pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em seu inciso III, anteriormente à Reforma Trabalhista de 2017, acirrada após edição das Leis 13.429 e 13.467, que, entre outros assuntos, regularam o tema, modificando a Lei 6019/1974 e acrescentando os artigos 4º-A, B e C, bem como 5º, 5º-A, 5º-B, 5º-C e 5º-D.

De fato, mesmo antes da Reforma Trabalhista, o tema já era objeto de entrave judicial.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324, proposta pela Associação Brasileira do Agronegócio (ABAG), em 25.08.2014, processo nº 9997591-98.2014.1.00.0000, objetivou o reconhecimento da inconstitucionalidade do padrão interpretativo e decisório da Justiça do Trabalho, casuístico, impreciso, errático, sobre a terceirização, sem legislação que coibisse ou restringisse esta prática, em violação aos preceitos constitucionais fundamentais da legalidade, da livre iniciativa, da valorização do trabalho e do tratamento isonômico entre os concorrentes, criando obstáculo insuperável no âmbito da sua atividade econômica e limitando a sua competitividade em nível mundial.

Em sessão realizada em 30.08.2018, por maioria de votos, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, referida ADPF foi julgada procedente, ocasião em que foi fixada a tese: “1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993”.<sup>314</sup>

Foi expressamente consignada ressalva de que tal decisão “não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada”.

Em decisão de lavra do Ministro Roberto Barroso, publicada em 06.09.2019, afirmam a função social da empresa e o equilíbrio entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano: “DIREITO DO TRABALHO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM E DE ATIVIDADE-MEIO. CONSTITUCIONALIDADE. 1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de

314 STF – ADPF 324. Rel. Min. Roberto Barroso – j. 30/08/2018 – DEJT 06/092019.

*estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade. 2. A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade. 3. A terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. É o exercício abusivo da sua contratação que pode produzir tais violações. 4. Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias (art. 31 da Lei 8.212/1993). 5. A responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços pressupõe a sua participação no processo judicial, bem como a sua inclusão no título executivo judicial. 6. Mesmo com a superveniência da Lei 13.467/2017, persiste o objeto da ação, entre outras razões porque, a despeito dela, não foi revogada ou alterada a Súmula 331 do TST, que consolidava o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre a matéria, a indicar que o tema continua a demandar a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito dos aspectos constitucionais da terceirização. Além disso, a aprovação da lei ocorreu após o pedido de inclusão do feito em pauta. 7. Firmo a seguinte tese: “1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de 3 emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993”. 8. ADPF julgada procedente para assentar a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio. Restou explicitado pela maioria que a decisão não afeta automaticamente decisões transitadas em julgado”.*<sup>315</sup>

Opostos embargos declaratórios pela CUT, Força Sindical, CTB, NCST e ANPT, foram todos rejeitados à unanimidade, nos termos do voto do relator.

Por força de acordo de cooperação celebrado com a Universidade Federal do Paraná (UFPR) com vistas à institucionalização da Agenda 2030 da ONU<sup>316</sup>, este tema foi identificado e categorizado pelo Supremo Tribunal Federal como assunto relacionado e indexado ao ODS 8<sup>317</sup>, ratificando, portanto, a convergência do tema com a agenda internacional do trabalho digno e crescimento econômico.

Por outro lado, o RE 958.252, interposto em 22.03.2016<sup>318</sup>, pela Celulose Nipo Brasileira S/A, nos autos da Ação Civil Pública movida contra si pelo Ministério Público do Trabalho, processo 0166140-27.2006.5.03.0013, foi provido, em sessão plenária realizada em 30.08.2018 para, apreciando o tema 725 de repercussão geral, fixar a seguinte tese “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.

O acórdão de relatoria Ministro Luiz Fux foi publicado em 13.09.2019.<sup>319</sup>

A ação coletiva em comentário tinha por pano de fundo a declaração da inconstitucionalidade da terceirização efetivada por tal empresa, sob o fundamento de precarização das condições de trabalho dos trabalhadores, dada a falta de fiscalização pela contratante, melhores condições de trabalho dos empregados da tomadora dos serviços, comparativamente aos da prestadora, e condutas antissindicais da Cenibra e das terceirizadas, que decorreriam da prática ilegal de contratação, e a própria Súmula 331 do TST. No caso, o autor expressamente acusou a Cenibra e as terceirizadas do descumprimento dos “ditames constitucionais atinentes à função social da propriedade e às normas mínimas de proteção ao trabalhador rural”.

Em sessão de julgamento encerrada em 01.07.2022, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, vencidos os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes, deu provimento parcial aos embargos declaratórios opostos pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Extrativas de Guanhães e Região – Sítixtra e outros e a Procuradoria Geral da República, “com o fim de modular os efeitos do julgamento para assentar a aplicabilidade dos efeitos da tese jurídica fixada apenas aos processos que ainda estavam em curso na data da conclusão do julgado (30/08/2018), restando obstado o ajuizamento de ações rescisórias

315 *Ibidem*.

316 STF. STF e UFPR celebram acordo de cooperação relacionado à institucionalização da Agenda 2030. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=481163&ori=1>. Acesso em: 07 set. 2023.

317 STF – ADPF 324. *Ob. cit.*

318 STF – RE 958252 – Rel. Min. Luiz Fux – j. 04/07/2022 – DEJT 24/08/2022.

319 *Ibidem*.

contra decisões transitadas em julgado antes da mencionada data que tenham a Súmula 331 do TST por fundamento”.

O acórdão de lavra do Ministro Luiz Fux, publicado em 24.08.2022, reafirma a tese prevalente nesta Corte Superior de que “os princípios constitucionais da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa (CF, artigos 1º, IV, e 170) garantem que as empresas tenham liberdade de definição e inovação no campo das estratégias produtivas, buscando novas formas de divisão de trabalho, de modo a se manterem competitivas – desde que, óbvio, respeitando os direitos dos trabalhadores e colaboradores”.<sup>320</sup>

E destaca ainda que o “elemento essencial e estruturador de toda a pretensão articulada” pelo Ministério Público do Trabalho, em sua peça de ingresso, era a inconstitucionalidade da organização produtiva pela empresa-reclamada, de tal sorte que “a declaração da constitucionalidade da terceirização pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal tem o condão de elidir por completo a viabilidade da ação originária, resultando em sua total improcedência e, por conseguinte, no provimento integral do recurso extraordinário interposto”.<sup>321</sup>

Este tema foi identificado e categorizado pelo Supremo Tribunal Federal como assunto relacionado com a Agenda 2030 da ONU, indexando-o com os ODS's 8 e 10<sup>322</sup>, convergindo, mais uma vez, para a pauta da economia sustentável. Os julgamentos de casos assim considerados e indexados são priorizados pela Suprema Corte, transferindo o foco de análise das ações judiciais filiadas à ótica do direito subjetivo para também dos sujeitos de direito que reclamam, segundo fala do Ministro Luis Fux, o que também é objeto de críticas, sob o argumento da priorização de pautas progressistas.<sup>323</sup>

Na mesma linha das decisões destacadas no parágrafo precedente, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 48, Processo nº 0008745.84.2017.1.00.0000<sup>324</sup>, proposta pela Confederação Nacional do Transporte, que foi julgada procedente para admitir a terceirização da atividade-fim do transporte rodoviário de cargas regulada pela Lei 11.442/2007 e fixar a seguinte tema “1 - A Lei nº 11.442/2007 é constitucional, uma vez que a Constituição não veda a terceirização, de atividade-meio ou fim. 2 - O prazo prescricional estabelecido no art. 18 da Lei nº 11.442/2007 é válido porque não se trata de créditos resultantes de relação de trabalho, mas de relação comercial, não incidindo na hipótese o art. 7º, XXIX, CF. 3 - Uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista”, em acórdão relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, publicado em 19.05.2020<sup>325</sup>, ratificando-se, portanto, a equiponderância entre o exercício da liberdade econômica e o valor social do trabalho à luz do texto constitucional.

É de se destacar que, com o objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade da Lei mencionada, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3961, Processo nº 0005243.89.2007.1.00.0000<sup>326</sup>, em 21.09.2007. As alegações trazidas na ADI 3961 não foram acolhidas em acórdão proferido pelo Ministro Relator da ADC 48, publicado em 05.06.2020<sup>327</sup>, reafirmando a tese de validade da terceirização preconizada pela Lei 11.442/2007.

Ambas as ações estão apensadas e indexadas com os ODS's 8 e 16 (paz, justiça e instituições eficazes).

## CONCLUSÃO

A função social da empresa pressupõe o equilíbrio entre a valorização do trabalho humano, a dignidade da pessoa humana, a livre iniciativa e a livre concorrência, especialmente nos dias atuais, garantindo a efetivação das ordens social e econômica delineadas para o nosso país, pela Constituição Federal, sendo, indubitavelmente, aplicável às relações de trabalho.

De fato, as relações de trabalho passaram por inúmeras modificações ao longo do tempo, que quebraram paradigmas estruturados em momentos históricos específicos e impuseram a necessidade de

320 Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352894390&ext=.pdf>

321 STF – RE 958252. Ob. cit.

322 *Ibidem*.

323 CASTRO, Gabriel de Arruda. **Como o STF utiliza a Agenda 2030 para priorizar pautas “progressistas”**. Gazeta do Povo, 2022. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/como-stf-usa-agenda-2030-para-priorizar-pautas-progressistas/>. Acesso em: 07 set. 2023.

324 STF – ADC 48 – Rel. Min. Roberto Barroso – j. 15/04/2020 – DEJT 05/06/2020.

325 *Ibidem*.

326 STF – ADI 3961 – Rel. Min. Roberto Barroso – j. 15/04/2020 – DEJT 05/06/2020.

327 *Ibidem*.

### 35 ANOS DA CRFB: os direitos sociais e econômicos e o desenvolvimento sustentável

adequação dos atores sociais, nas mais variadas formas de convivência em sociedade, incluindo no mundo do trabalho.

Neste contexto, as transformações sociais e econômicas das últimas décadas modificaram as formas de produção, de consumo e de relacionamentos sociais, impactando, diretamente, o mundo, o mercado e o futuro do trabalho.

Algumas profissões deixaram ou deixarão de existir, e outras, tradicionalmente envoltas sob o manto do emprego, adquiriram nova roupagem.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar as práticas empresariais de terceirização de atividades, sem se distanciar dos princípios e fundamentos sociais e econômicos da Constituição Federal, pelo contrário, reafirmando-os, vem opinando pela sua constitucionalidade.

A função social das empresas se concretiza no equilíbrio dos princípios e fundamentos da ordem econômica e social e tem sido confirmada pela Corte Superior, promovendo a conciliação entre a livre iniciativa e a livre concorrência, a valorização do trabalho e a dignidade da pessoa humana, para além do conceito tradicional de relação de emprego.

## **35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: O DIREITO A S(S)ER FRATERNAL**

### **35 YEARS OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION: THE RIGHT TO BE A FRATERNAL BEING**

**Ildete Regina Vale da Silva\***

**RESUMO:** Este artigo tem como tema os 35 anos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. O objetivo do estudo consiste em, primeiramente, prestar homenagem ao principal símbolo do processo de redemocratização nacional e de garantia de direitos fundamentais: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, desejando que seja projetada culturalmente para que construa a Sociedade Fraternal, na qual, o presente a ser desembalado é o Direito a S(s)er Fraternal. Utiliza-se na Investigação o Método Indutivo, no Tratamento de dados o Método Cartesiano e no Relatório dos Resultados a Base Lógica Indutiva.

**PALAVRA-CHAVE:** Projeto Cultural. Sociedade Fraternal. Direito de S(s)er Fraternal.

**ABSTRACT:** This article is about the 35th anniversary of the 1998 Constitution of the Federative Republic of Brazil. The objective of the study is, firstly, to pay homage to the main symbol of the process of national redemocratization and guarantee of fundamental rights: the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1998, hoping that it is culturally projected so that it builds the Fraternal Society, in which, the gift to be unwrapped is the Right to be a Fraternal Being. The Inductive Method is used in the Research, in the Data Processing the Cartesian Method and in the Results Report the Inductive Logical Basis.

**KEYWORDS:** Cultural Project. Fraternal Society. Right to be a Fraternal Being.

#### **INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem como **tema central** os 35 anos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998.

O objetivo do estudo consiste em, primeiro, prestar homenagem ao principal símbolo do processo de redemocratização nacional e de garantia de direitos fundamentais: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, desejando que seja projetada culturalmente para que construa a Sociedade Fraternal, na qual, o presente a ser desembalado é o Direito a S(s)er Fraternal.

Para atingir o objetivo proposto, inicialmente, far-se-á considerações contextualizando acontecimentos que antecedem e permeiam o aniversário de 35 anos da Constituição brasileira de 1998, considerando as ameaças ao regime democrático que se tornou a tônica no Brasil nos últimos anos.

Para render-lhe homenagem, apresentar-se-á a aniversariante para, não, apenas, torná-la conhecida, mas, também, compreendida no seu texto e interpretada como a mais importante conquista democrática na

---

328\* *Dottore di Ricerca in Diritto pubblico nella Università degli Studi di Perugia* – Itália, Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2014) e mestre pelo mesmo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí/SC (2009). Especialista em Direito do Trabalho. Autora do livro “Constituição e Fraternalidade: o Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição”. <http://orcid.org/0000-0003-4671-0457>. Advogada. Vice-Presidente no exercício da Presidência da OAB/SC Subseção Brusque. E-mail: [ildetervs@gmail.com](mailto:ildetervs@gmail.com).



história brasileira. Para depois, identificá-la como um projeto cultural, projetando-a como forma de lhe render homenagem, desejando que se realize com tal, construindo a Sociedade Fraterna anunciada no preâmbulo.

Como merece toda aniversariante, a Constituição brasileira de 1988 será presenteada, fazendo exsurgir do seu texto, o Direito a S(s)er Fraterno.

Para conhecer, compreender e interpretar os direitos e garantias individuais, no viés dos direitos sociais constitucionalmente reconhecidos, trabalho decente surgirá como uma expressão prática do Direito a S(s)er Fraterno.

No que concerne à Metodologia utilizada, seguem-se os preceitos de Pasold (2018, p. 89-100) e se utiliza na fase de Investigação o Método Indutivo, na fase de Tratamento de dados o Método Cartesiano e no Relatório dos Resultados a Base Lógica Indutiva. Nas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Infelizmente, o contexto que marca o trigésimo quinto aniversário da Constituição brasileira de 1988 é a interrupção do maior período de estabilidade democrática de todas as idades republicanas da trajetória deste país.

As ameaças ao regime democrático “se concretizam de diferentes formas, ou seja, desde desrespeitos aos direitos humanos, formas análogas de censura, até o bombardeamento de fake news nas redes sociais. Assim, por mais que, muitas vezes, assumam formas mais sutis ou pouco perceptíveis, tais mecanismos podem ser extremamente danosos a democracia”.<sup>329</sup>

A democracia brasileira sofrerá as consequências da ameaça que se tornou a tônica no Brasil: “a invasão e destruição nos prédios dos três poderes, no dia 8 de janeiro, foi um evento que marcará a trajetória da democracia brasileira por longo tempo. Impactou no país e no exterior, seja pelos prejuízos irreversíveis, seja pelo fato de um grupo político ter-se sentido autorizado a usar meios violentos para questionar uma eleição homologada e um presidente empossado. Uma tentativa de golpe de Estado baseada na ideia fantasiosa de que as Forças Armadas, naquele momento, iriam afrontar a democracia do país”.<sup>330</sup>

Não se pode olvidar que a ameaça à Democracia afetou e não se sabe por quanto tempo mais continuará afetando a vida de todos indistintamente e, seguramente, porém, pode ter um potencial positivo na medida em que se pode redescobrir quem é a aniversariante que só tem vida na Democracia!

## 2. TRINTA E CINCO ANOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

No paradoxo que marca o trigésimo quinto aniversário da Constituição brasileira de 1988 - o estado de interrupção da estabilidade democrática e o potencial positivo que se pode redescobrir a aniversariante que só tem vida na Democracia -, nasce a certeza da importância que há na aniversariante e do quanto ainda é preciso conhecê-la para reconhecê-la como o principal símbolo do processo de redemocratização nacional e a garantia de direitos fundamentais.

Lembra-se que a aniversariante foi concebida no processo de redemocratização do Brasil, e os 18 meses de sua gestação, também, não foram nada tranquilos. “A Constituição nasce do parto de profunda crise que abala as instituições e convulsiona a Sociedade”.<sup>331</sup>

Nascida em 05 de outubro de 1988, instituiu o Estado Democrático de Direito e é denominada Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Detentora de um simbolismo que, na solenidade da sua promulgação, o Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Deputado Ulisses Guimarães, a “batizou de constituição coragem e de constituição cidadã”.<sup>332</sup>

329 MEIRELLES, Jovana. **A democracia está ameaçada? Entenda!**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/democracia-ameacada/>. Acesso em: 18 jul. 2023.

330 GUGLIANO, Alfredo Alejandro. **Jogando fora das quatro linhas da Constituição**. Jornal da Universidade. 19 de janeiro de 2023. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/jornal/jogando-fora-das-quatro-linhas-da-constituicao/>. Acesso em: 28 jun. 2023.

331 COELHO, Inocêncio Mártires. **Evolução do Constitucionalismo brasileiro Pós-88**. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina. 2013, p. 61.

332 *Ibidem*, p. 61.

Tornou-se conhecida como a Constituição cidadã, representando uma importante conquista democrática na história brasileira: “Com ela se punha termo à Transição, ou seja, à passagem da ditadura ao Estado de Direito”.<sup>333</sup>

A aniversariante é um projeto civilizatório que nasceu provocando, “nitidamente, uma ‘mudança de paradigma’ no cenário jurídico nacional, seja em oposição ao regime autoritário, seja no que diz respeito aos compromissos e promessas firmadas pelo constituinte, seja ainda em face da nova relação que se estabelece entre Sociedade e Estado”.<sup>334</sup>

Como todas as Constituições do pós-guerra, a Constituição brasileira de 1988, “funda-se sobre dois pilares estruturantes: os direitos fundamentais e o regime democrático, [...]”, “[...] devendo ser entendida como um exercício permanente de cidadania”.<sup>335</sup>

Em 2013, uma pesquisa realizada pela DataSenado apurou que poucos realmente conhecem a Constituição brasileira de 1988 e uma parcela muito significativa da população desconhecia totalmente o “texto que garantiu a volta da democracia ao Brasil e direitos que mexeram com a vida de todos os seus cidadãos”.<sup>336</sup>

Passados 35 anos da sua promulgação, segue notório que, conhecer o texto que garantiu a volta da democracia e a efetivação dos direitos que protegem a dignidade da Pessoa Humana, é ainda um grande desafio, quiçá, compreender e, principalmente, interpretar a Constituição brasileira de 1988.

Sabe-se que quanto maior for a inviolabilidade de uma Constituição, mais efetivamente ela se impõe e, render homenagem à aniversariante é projetá-la culturalmente, preservando a sua força normativa para que, também, em tempos difíceis, fortalecida, “configure verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio”.<sup>337</sup>

### 3. HOMENAGEAR A ANIVERSARIANTE É PROJETÁ-LA CULTURALMENTE

Nunca antes, redescobrir quem é a aniversariante e o importante papel que tem na relação Estado e Sociedade fez tanto sentido como agora. E, projetar culturalmente a Constituição brasileira de 1988 faz nascer uma perspectiva para redescobri-la como verdadeira força viva.

No livro Constituição e Fraternidade<sup>338</sup>, advoga-se a ideia de entender Constituição brasileira de 1988 como um projeto cultural e, nesse sentido, ainda que seja, apenas, uma parte da manifestação do conjunto cultural desse imenso Brasil, sem prejuízo da ideia e do conhecimento que é a principal instância normativa do Estado Constitucional e democrático, e que irradia sentidos para todo o sistema jurídico brasileiro.<sup>339</sup>

A Constituição brasileira de 1988 entendida como Projeto Cultural passa a ser parte integrante da manifestação do conjunto cultural e da expressão da condição de desenvolvimento cultural do povo brasileiro, condição essa que não implica em diminuir a sua força normativa, tampouco a validade do Direito ou de relativizar seus âmbitos de competência. Significa, apenas, que essa é a condição de possibilidade que permite reconhecer as raízes mais profundas do Direito, não vista pelo positivismo jurídico ou percebida pelo ingênuo pensamento axiológico.<sup>340</sup>

Entender a Constituição brasileira de 1988 como projeto cultural possibilita conhecê-la e compreendê-la, não só como um ordenamento jurídico para juristas interpretarem de acordo com as regras e procedimentos meramente jurídicos do seu ofício, porque essa limitação de compreensão não consegue compor a obra comum que tem com a Sociedade.<sup>341</sup>

333 BONAVIDES, Paulo. A Constituinte de 1987-1988 e a Restauração do Estado de Direito. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina. 2013, p. 56.

334 GUBERT, Roberta Magalhães; TRINDADE, André. Vinte anos de Constitucionalismo Democrático: avanços, retrocessos e novos desafios em *Terrae Brasilis*. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Vol 1 (6), Porto Alegre, 2008, p. 7.

335 *Ibidem*, p. 8.

336 SASSE, Cintia. **Pesquisa Data Senado mostra que poucos conhecem realmente a Constituição**. Agência Senado. Publicado em 25 out. 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/10/25/pesquisa-datasenado-mostra-que-poucos-conhecem-realmente-a-constituicao-do-pais>. Acesso em: 30 ago. 2023.

337 KONRAD, Hesse. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres. 1991, p. 17-18.

338 VALE DA SILVA, Ildete Regina; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e Fraternidade**. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. Curitiba: Juruá, 2015, p. 67.

339 *Ibidem*, p. 67.

340 VALE DA SILVA, Ildete Regina; BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ob. cit.*, p. 67.

341 *Ibidem*, p. 69.

A Constituição brasileira de 1988 entendida como projeto cultural, significa dizer que é programa e “produto de um processo de transformação cultural do Estado Constitucional brasileiro e, simultaneamente, de construção de uma Sociedade com vistas para o futuro”.<sup>342</sup>

Para homenagear a aniversariante, nos seus 35 anos, nada mais justo do que desejar que se torne cada vez mais conhecida, e que conhecida, seja entendida, não, apenas como um projeto civilizatório, mas como Projeto Cultural. Como tal, a cada dia e a cada ano mais, atue como “um estatuto relacional de organização programático-constitucional da ordem social e de convivência política que abre espaço para pensar a identidade social brasileira como fraterna”.<sup>343</sup> E, que, suas realizações sigam o rumo de uma cultura constitucional que, realmente, coloque o Estado a serviço da Sociedade anunciada no preâmbulo.

#### 4. O PRESENTE A SER DESEMBRULHADO: O DIREITO A S(S)ER FRATERO

No Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, encontra-se um dos elementos centrais para entender a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como Projeto Cultural<sup>344</sup> e, no seu texto<sup>345</sup>, encontra-se a mensagem que torna a aniversariante ainda mais valiosa pelo sentido que faz “emergir do consenso constitucional vivido, em conformidade com a cultura política”<sup>346</sup> que merece o povo brasileiro.

Não se pode olvidar que a Assembleia Nacional Constituinte instituiu o Estado democrático e, portanto, a democracia é consagrada como regime político que deve organizar a forma como o Estado deve se organizar para servir à Sociedade, não podendo, de forma alguma ser ameaçada, como tem sido nos últimos anos.

Ainda que a aniversariante seja uma Carta de Direitos, o preâmbulo não tem “forma e um conteúdo estritamente jurídico” e o seu enunciado é escrito “diretamente para o cidadão” que é o destinatário da Constituição.<sup>347</sup>

Versa o preâmbulo que o Estado Democrático instituído está destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais e que, como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça formam o conjunto de valores supremos de uma Sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Depreende-se do texto que o preâmbulo verbaliza a fórmula do comprometimento e da harmonia que se deve perseguir na Sociedade brasileira, irradiando sentidos para integração e interpretação de direitos na organização social e na convivência política, cuidando, inclusive, de manter a Constituição brasileira de 1988 no tempo, regendo a hereditariedade e o futuro, a tradição e o desenvolvimento cultural do povo brasileiro.

O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 comunica, anunciando “ao mesmo tempo em que se torna anunciador” do tipo de Sociedade a ser construída pelo Estado Democrático instituído. “A adjetivação fraterna dada à Sociedade contém duas ideias: primeiro manifesta o anúncio de uma Sociedade que é e, ao mesmo tempo, anuncia a Sociedade pretendida, criando assim uma qualificação e uma identificação social como condição para as ações e relações na organização da ordem social e convivência política”.<sup>348</sup>

Por Sociedade Fraterna, entende-se “uma Sociedade feita por pessoas humanas estimuladas a perceber o sentido da própria existência e porque percebem o sentido da própria existência, adotam modos de vida que dão sentido à existência do humano e à sua continuidade no tempo e espaço da biosfera”.<sup>349</sup>

Observa-se que o sentido da existência do humano e a sua continuidade, no tempo e espaço da biosfera é o maior bem social a ser protegido em uma Sociedade Fraterna. E, essa “é uma perspectiva que não se resume, apenas, em imaginar a paz, mas de realizá-la indo além: pela via da” proteção dos Direitos

342 *Ibidem*, p. 87.

343 *Ibidem*, p. 155.

344 *Ibidem*, p. 73.

345 Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 ago. 2023).

346 VALE DA SILVA, Ildete Regina; BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ob. cit.*, p. 65.

347 *Ibidem*, p. 82.

348 *Ibidem*, p. 128.

349 VALE DA SILVA, Ildete Regina; BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ob. cit.*, p. 172.

Humanos – “que não se resume equação cidadão-nacional - e com vistas à Sustentabilidade como objetivo da humanidade”.<sup>350</sup>

Projetar culturalmente a Sociedade Fraterna - que se fraterna, é pluralista e sem preconceitos -, “passa a ser critério de decisão política e jurídica, fazendo com que o Estado e o Direito se coloquem a serviço da Sociedade brasileira”.<sup>351</sup>

Compreender que é o Estado que deve estar a serviço da Sociedade – e não ao contrário - é condição de possibilidade para que o Estado democrático instituído cumpra o importante papel a que se destina, rumando na direção de construir a Sociedade Fraterna, uma “Sociedade possível para agora e com vistas para o futuro e, que reúne elementos teóricos consistentes para despertar o sentimento de singular humanidade e estabelecer vínculos de consciência e razão para melhor desenvolver a Pessoa Humana, a fim de que cada uma possa assumir compromissos e responsabilidades para consigo e para com os outros, independentemente, de estar ou não inserida nas relações sociais, incluindo, também, as relações com outros seres vivos”.<sup>352</sup>

Colocar o Estado democrático a serviço e na direção de construir uma Sociedade Fraterna perpassa pela ideia de estimular ações e relações com valores de orientação e objetivos educativos que favorecem o desenvolvimento de vínculos pela identificação social, sem prejuízo da identidade individual, pensamento esse que abre espaço para pensar a identidade social brasileira como fraterna.

Pensar a identidade social brasileira como fraterna faz surgir o direito a S(s)er Fraternal. Direito a S(s)er Fraternal é uma expressão que considera a dignidade vinculada à própria condição da Pessoa Humana que, no desenvolvimento da individualidade e do pleno direito de bem-estar, em função da intersubjetividade que caracteriza as relações humanas, faz nascer compromissos com o bem social, no correspondente reconhecimento de deveres e direitos fundamentais, como limite e tarefa dos poderes estatais, da Sociedade, de todos e de cada um.

Para cumprir a tradição cultural de presentear a aniversariante, fazer exsurgir do texto constitucional o Direito a S(s)er Fraternal é espantar os espíritos malignos e garantir prosperidade e segurança para mantê-la viva, para cumprir as promessas constitucionais, projetando-as culturalmente rumo à construção da Sociedade brasileira, a Sociedade Fraterna.

## 5. O TRABALHO DECENTE COMO EXPRESSÃO DO DIREITO A S(S)ER FRATERNO

O respeito à dignidade vinculada à própria condição da Pessoa Humana é a maior premissa na organização da convivência humana, atuando “como limite dos direitos e limite dos limites”<sup>353</sup> e diz respeito ao Direito a S(s)er Fraternal, horizonte que deve projetar culturalmente a construção da Sociedade Fraterna.

O Direito a S(s)er Humano, no viés de direitos sociais previstos na Constituição brasileira de 1988 funcionam como uma meta (im)posta que implica em organizar a convivência de forma a não regredir nunca no nível de proteção do povo brasileiro.

O Estado democrático instituído pela Constituição brasileira de 1988 está destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e, também, direitos individuais, os quais devem garantir ao povo brasileiro uma existência digna e, esse é um compromisso que assumido, inclusive, frente à ordem internacional mundial.

Nesse cenário em que as diferentes perspectivas de compreensão convivem: assim como a dignidade da Pessoa Humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa estão entre os fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º. Da CRFB/1988).<sup>354</sup>

Observa-se que na estrutura normativa da Constituição brasileira de 1988, o trabalho, além de um valor social é, também, um direito e uma garantia fundamental assegurada diretamente no artigo 6º.: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança,

350 *Ibidem*, p. 175.

351 *Ibidem*, p. 176.

352 VALE DA SILVA, Ildete Regina; SOUZA, Maria Cláudia Antunes de. Trabalho Decente como Consolidação do Respeito à Dignidade do Trabalhador: Aspectos destacados para interpretação da Reforma Trabalhista à luz da Constituição brasileira de 1988. **Revista de Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho, Sociais e Empresariais**. E-ISSN:2525-9903. Porto Alegre. v. 4. n. 2. p. 22-40. jul/dez., 2018, p. 34.

353 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre Livraria do Advogado. 2009, p. 135.

354 Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - [...];III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;[...]. (BRASIL. (Constituição (1988)). *Ob. cit.*).

a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.<sup>355</sup>

O direito ao trabalho é o trabalho como direito e, como espécie mais expressiva dos direitos fundamentais sociais, a sua proteção está exemplificada nos incisos do artigo 7º. da CRFB/1988 que reconhece, entre outros direitos, os que visem à melhoria das condições sociais dos Trabalhadores urbanos e rurais: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]”.<sup>356</sup>

Encontra-se na Agenda 2030 um plano de ação traçado para novos caminhos de renovação dos Objetivos do Desenvolvimento do Milênio (ODM), estabelecendo e apoiando estratégias e programas de ações relevantes que, além de buscar meios de implementar os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, inclusive, serve de fonte para o saber prático para melhoria da condição social dos Trabalhadores.

Observa-se que a expressão Trabalho Decente correlacionada ao Crescimento Econômico como oitavo Objetivo do Desenvolvimento Sustentável (ODS 8) é “a expressão prática da mensagem que, qualquer fonte de trabalho humano deve propiciar uma existência digna a todos os envolvidos nas relações de trabalho, garantindo aos Trabalhadores um trabalho com retribuição adequada e condições laborais que assegurem uma vida com sentido no trabalho”.<sup>357</sup>

Tem-se por certo que o trabalho contribui significativamente para ideia e prática do respeito a dignidade da Pessoa Humana, inclusive no que diz respeito a identidade social adulta, a autonomia, a saúde psíquica, a formação de relações de sociais, de participação construtiva da Sociedade Fraterna.

Morin afirma que, para uma vida com sentido no trabalho, a grande reforma a ser realizada “é a da humanização e/ou da reumanização do trabalho; ela inclui diversas vias que deveriam confluir. Isso não se resume à eliminação progressiva das tarefas mais penosas e mais fastidiosas, nem das condições éticas para o trabalhador, estéticas para/o local de trabalho; isso significa, sobretudo, o reconhecimento de que todo empregado ou trabalhador possui um capital de saber pessoal, que se tem total interesse em reconhecer, e que ele dispõe de capacidades de iniciativa”.<sup>358</sup>

Trabalho Decente como meta para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável surge como um conceito chave para consolidação prática da ideia de respeito à dignidade vinculada à própria condição da Pessoa Humana nas diferentes vias que deve confluir.

Trabalho Decente é a expressão do respeito à dignidade vinculada à própria condição da Pessoa Humana no trabalho, conhecimento este, *a priori*, que deve ter o intérprete da Constituição brasileira de 1988, como saber prático dos valores sociais que fundamentam a República Federativa do Brasil.

Na projeção cultural da Constituição brasileira de 1988 rumo à construção da Sociedade Fraterna, o Trabalho Decente como um dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, é a uma das expressões para efetivação prática que faz exsurgir do texto constitucional o Direito a S(s)er Fraterno, uma filtragem necessária para conhecer, compreender e interpretar os direitos e garantias individuais que, no viés de direitos sociais são constitucionalmente reconhecidos.

## CONCLUSÃO

Para que as homenagens à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 sejam justas, contextualizar o momento que marca esse o trigésimo quinto aniversário, ainda que de ameaças à democracia e de desrespeitos aos direitos fundamentais, devem servir para potencializar a sua importância histórica.

Ainda que grande parcela da população brasileira não conheça o texto constitucional, esse período de instabilidade democrática tem que servir de oportunidade para provocar a busca pelo conhecimento do papel que cumpre a Constituição brasileira de 1988.

O aniversário de 35 anos da Constituição brasileira de 1988 é a oportunidade de propagar o importante papel que cumpriu no processo de redemocratização e na garantia de direitos fundamentais e,

---

<sup>355</sup> *Ibidem*.

<sup>356</sup> *Ibidem*.

<sup>357</sup> VALE DA SILVA, Ildete Regina; SOUZA, Maria Cláudia Antunes de. *Ob. cit.*

<sup>358</sup> MORIN, Edgar. **A VIA para o futuro da humanidade**. Tradução de Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013, p. 319.



projetá-la culturalmente é mantê-la viva, conhecida, desencadeando uma melhor compreensão para potencializar sua efetividade.

Entender Constituição brasileira de 1988 como um Projeto Cultural é integrá-la no conjunto cultural e considerá-la expressão da condição de desenvolvimento cultural do povo brasileiro que, pela força normativa, abre espaços de pensar uma identidade social fraterna.

A identidade social fraterna emerge do enunciado no preâmbulo, cujo texto verbaliza o tipo de Sociedade a ser projetada culturalmente pela Constituição brasileira de 1988 é a Sociedade Fraterna, fazendo exsurgir do texto constitucional o Direito a S(s)er Fraterno.

Consoante, no aniversário de 35 anos, identificar a Constituição brasileira de 1988 como projeto cultural é desejar que as realizações coloque o Estado a serviço da construção da Sociedade Fraterna anunciada no preâmbulo, fazendo renascer o compromisso com o bem social e desperta o “sentimento de singular humanidade”<sup>359</sup> para que, no exercício da cidadania, seja garantindo a toda Pessoa Humana a dignidade e o direito de S(s)er Fraterno.

Para projetar culturalmente a Constituição brasileira, além de torná-la conhecida, é preciso compreendê-la como produto e processo de transformação na interpretação dos direitos e garantias individuais que, no viés de direitos sociais constitucionalmente reconhecidos, o plano de ação traçado na Agenda 2030 estabelece e apoia estratégias e programas de ações relevantes para implementar os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, os quais são fonte para o saber prático, identificando-se o Trabalho Decente como a expressão prática que faz exsurgir do texto constitucional o Direito a S(s)er Fraterno.

Então! O reconhecimento do Direito a S(s)er Fraterno na Constituição brasileira de 1988 é o presente que merece a aniversariante nos seus 35 anos!

---

359 RESTA, Eligio. **Direito Fraterno**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 13.

## **A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DE IGUALDADE DE GÊNERO: OS DESAFIOS NORMATIVOS À IMPLEMENTAÇÃO DA AGENDA ONU 2030**

### **THE CONSTITUTIONAL PROVISION OF GENDER EQUALITY: THE NORMATIVE CHALLENGES TO IMPLEMENTING THE UN 2030 AGENDA**

**Ana Paula Sefrin Saladini**<sup>360</sup>

**Raquel Cristina Silva das Neves**<sup>361</sup>

**RESUMO:** Nesse estudo parte-se dos avanços prometidos pela Constituição de 1988 em termos de políticas de igualdade de gênero, para analisar o percurso da legislação, no âmbito trabalhista, de modo a constatar os avanços e retrocessos que pontuaram o tema até o advento da Agenda ONU para 2030. Essa agenda retoma a transcendência do tema, destacando-o entre os objetivos para se alcançar o desenvolvimento sustentável (ODS) mundialmente. No Brasil as Leis n. 14.457/22 e 14.611/23 procuram dar implementação à agenda sob o foco da divisão das responsabilidades parentais e igualdade salarial. Essas recentes leis foram aqui revistas por meio de uma epistemologia feminista, resultando em um ensaio de metodologia dedutiva, exploratória com uso de pesquisa bibliográfica, que permitiu ao final, apontar pontos lacunosos que precisam ser revistos de modo a se alcançar uma efetiva política igualitária no ambiente de trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição. Igualdade de gênero. Agenda ONU 2030. Trabalho.

**ABSTRACT:** In this study, based on the advances promised by the 1988 Constitution in terms of gender equality policies, the aim is to analyze the course of legislation, in the labor sphere, since then, in order to verify the advances and setbacks that punctuated the theme until the advent of the UN Agenda for 2030. This agenda resumes the theme's transcendence, highlighting it among the objectives to achieve sustainable development (SDG) worldwide. In Brazil, Laws n. 14,457/22 and 14,611/23 seek to implement the agenda focusing on the division of parental responsibilities and wage equality. These recent laws were reviewed here through an essay of deductive, exploratory methodology with the use of bibliographical research, which allowed, in the end, to point out gaps that need to be revised in order to achieve an effective egalitarian policy in the work environment.

**KEYWORDS:** Constitution. Gender equality. UN 2030 agenda. Work.

#### **INTRODUÇÃO**

O século XX foi permeado por lutas sociais contra hegemônicas que buscavam a reconfiguração de um Estado liberal e uma econômica política capitalista sustentada na exploração das desigualdades. Nesse cenário, o movimento feminista muito contribuiu para dar voz ao trabalho feminino até então considerado

---

360 Mestra em Ciência Jurídica pela UENP – Universidade Estadual Norte do Paraná. Doutoranda em Ciência Jurídica pela mesma instituição. Juíza Titular de Vara do Trabalho. Contato eletrônico: [anapaulasefrin@hotmail.com](mailto:anapaulasefrin@hotmail.com) Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7753263103346992>.

361 Mestra em Ciência Jurídica pela UENP – Universidade Estadual Norte do Paraná. Doutoranda em Sociologia pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professora do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, advogada trabalhista. Contato eletrônico: [prof.raquelneves@gmail.com](mailto:prof.raquelneves@gmail.com). Currículo lattes: <https://lattes.cnpq.br/4268341551694783>.

coadjuvante na participação produtiva. No Brasil dos oitenta, o movimento conseguiu grande alcance com a criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNMD) que articulou uma série de pautas que alcançaram êxito na implantação de 80% de suas reivindicações na Constituição de 1988. Assim, as próprias mulheres apresentaram os caminhos necessários para a efetivação da igualdade de gênero por participação no processo constituinte.

Esse artigo aponta na primeira sessão como a Constituição, como um todo, foi um marco para os Direitos Sociais e, para nós mulheres em especial, o direito fundamental à igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações, foi precursor de outros avanços normativos que se seguiram à sua promulgação, focando na relação de trabalho.

Constata-se, ainda, como as crises financeiras que se seguiram a partir dos noventa, desaceleraram esse processo, atribuindo a responsabilidade dos prejuízos ao inchaço da máquina estatal pela implementação dos Direitos Sociais. O novo discurso pelo enxugamento e pela flexibilização passa a ser adotado em diversas esferas normativas, inclusive em matéria de gênero e mercado de trabalho.

Recentemente, mais especificamente, em 2015, a ONU entendeu necessário retomar o caminho de políticas igualitárias para o alcance de um ideário de desenvolvimento sustentável, emitindo um rol de 17 objetivos e metas para sua implementação, o quinto objetivo refere-se à igualdade de gênero. O Brasil, assinou a agenda e, precisa agora adotar medidas para sua implementação, correndo contra o tempo perdido.

Na sessão dois, serão avaliadas, sob uma epistemologia da teoria feminista e dados empíricos apresentados pelo IBGE, a efetividade das Leis 14.457/22 e 14.611/23, que resultam desse esforço de adequação aos propósitos da ODS 5, ou seja, à implementação da igualdade de gênero no âmbito das relações de trabalho.

Ao proceder essa análise, foi possível constatar lacunas normativas que ainda invisibilizam as atribuições sociais cabíveis às mulheres no trabalho doméstico, bem como a interseccionalidade que escalona a questão de carreira e salários não só pela questão de gênero acrescentando também doses de maior precarização quando gênero vem acompanhado de configurações de classe e raça, estes últimos, ainda não mencionados e, por consequência, não amparados pela legislação o que torna urgente a adequação normativa para uma efetiva implementação da Agenda ONU 2030 de modo a alcançar o projeto de igualdade de gênero previsto na Constituição de 1988.

## 1. GÊNERO NO BRASIL: AVANÇOS E RETROCESSOS DESDE A CONSTITUIÇÃO DE 1988 À ADOÇÃO DA AGENDA 2030 DA ONU

Muitas foram as conquistas sociais encartadas na Constituição de 1988 em um cenário de eufórica abertura democrática alimentada, em grande parte, por movimentos populares que tomaram as ruas clamando por mudanças e espaços de reconhecimento para uma necessária inclusão de novos sujeitos de direitos. Dentre esses sujeitos que até então estavam subjugados em sua diversidade estavam as mulheres, inseridas em um sistema dominante de índole conservadora, masculina e militar.

Até hoje a Constituição representa um marco que inaugura no Brasil uma tentativa de aproximação com o “Estado do Bem-Estar Social”, uma conquista do pós-guerra que reconhecia a necessidade estatal de implementar direitos fundamentais às populações mais vulneráveis, sistema que, aliás, já se encontrava em declínio em países do norte global. No Brasil, porém, após os anos de chumbo, período de repressão aos direitos e liberdades políticas, mostrou ser necessário atribuir uma atuação ativa ao Estado de modo a limitar a ordem capitalista excludente e exploratória.

O período de debates que antecederam a promulgação da constituição de 1988 instaurou uma abertura democrática com intensa participação popular, o que movimentou os trabalhos das comissões constituintes num diálogo com os movimentos sociais. Dentre tais manifestações, em relação aos direitos das mulheres, foram incorporadas grande parte das reivindicações formuladas por movimentos feministas a partir da *Carta das mulheres brasileiras aos constituintes*, carta essa que foi elaborada a partir de ampla discussão e debate em nível nacional.<sup>362</sup> Em termos de discussão sobre direitos das mulheres, o movimento se inicia a partir da criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM, em 1985, em meio ao movimento das *Diretas Já*, antecedendo e acompanhando todo o processo constitucional onde buscavam

---

362 PIOVESAN, Flávia. Igualdade de gênero na Constituição Federal: os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil. **Os alicerces da redemocratização**. Brasília, DF: Senado Federal: Instituto Legislativo Brasileiro, v. 1, p. 349-377, 2008.

retirar as mulheres brasileiras da condição de cidadãs de segunda categoria que ainda ocupavam.<sup>363</sup> Depois de uma campanha maciça com slogans feministas, nas eleições de 1986 triplicou o número de mulheres eleitas, com 26 constituintes que formaram a bancada feminina<sup>364</sup>, formando praticamente um gueto entre os 513 constituintes, que inicialmente precisou se unir no enfrentamento de assuntos corriqueiros, mas que bem demonstravam a exclusão das mulheres do debate político, como a construção de um banheiro feminino no plenário do Congresso Nacional, que não existia até então.<sup>365</sup> Em conjunto, a bancada feminina e o CNDM fariam uma frente que reunia quase duas mil mulheres e que foi apelidada pejorativamente de *lobby do batom*.<sup>366</sup> Esse coletivo teve papel fundamental na inscrição da igualdade de gênero na Carta de 1988, incluindo cerca de 80% de suas reivindicações, com destaque especial na substituição do clássico “todos são iguais perante a lei” por “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (uma vez que o *todos* nas constituições anteriores nem sempre significava homens e mulheres) e em assegurar a igualdade de direitos e responsabilidades entre homens e mulheres na sociedade conjugal.<sup>367</sup>

Várias foram as conquistas que tiveram a constituição como marco regulatório inicial para novas abordagens de gênero, tanto nas dinâmicas familiares, retirando o papel masculino de representação do lar, planejamento familiar do casal, reconhecimento da união estável, questões relativas à saúde das mulheres, porém, o objeto desse trabalho irá se ater aos dispositivos do artigo 7º que se referem direta ou indiretamente à proteção do mercado de trabalho da mulher.

O trabalho, reconhecido como Direito Social na Constituição, pressupõe muito mais do que uma forma de sobrevivência, mas se revela elemento essencial para a emancipação dos sujeitos, guardando tal centralidade na vida das pessoas que pode ser apontado como a própria essência da dignidade da pessoa humana. Assim, não “deve ser tratado como mera mercadoria, ou seja, ainda que sob a égide do capitalismo, as condições mínimas de dignidade para a pessoa do trabalhador devem ser garantidas pelo Estado e observadas pelos particulares.”<sup>368</sup>

Portanto, os movimentos feministas que atuaram significativamente no reconhecimento do papel social da mulher trabalhadora propuseram uma ressignificação do trabalho feminino, superando o imaginário empresarial, social e sindical que até então considerava a mulher como força de trabalho secundária.<sup>369</sup> Percebia-se a necessidade também de mudar a perspectiva que separava as esferas pública e privada, onde o trabalho produtivo mantinha a centralidade na vida dos homens, enquanto “as mulheres observam o duelo do trabalho produtivo e do trabalho reprodutivo como protagonista de sua agenda”.<sup>370</sup> Muito embora os números demonstrassem uma nova ordem de um trabalho feminino protagonista era preciso conferir valor a esse trabalho. Nesse sentido, a partir do vetor constitucional da igualdade de gênero no mercado de trabalho estabelecido pelo inciso XX do artigo 7º, surgiram algumas leis inovadoras na proibição da adoção de práticas discriminatórias para admissão, manutenção e dispensa de mulheres nos postos de trabalho.<sup>371</sup>

Pode-se afirmar que a maior parte das normas de proteção aos direitos civis, políticos e sociais, foi elaborada após a Constituição de 1988, em sua decorrência e sob a sua inspiração.<sup>372</sup> O novo preceito constitucional de igualdade criou um campo de controle de direitos políticos que passaram a ser exercidos em igualdade de condições, sendo uma das principais condições da democracia representativa, conferidora de legitimidade ao processo político. Mas não obstante a evolução e a igualdade formal estabelecida entre homens e mulheres pela Carta de 1988, *a superação dos procedimentos pelos quais os homens atribuem historicamente situações de inferioridade pretensamente naturais às mulheres constitui ainda um dos mais difíceis desafios da democracia brasileira.*<sup>373</sup>

363 ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. **Feminismo no Brasil**: memórias de quem fez acontecer. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2022, p. 255.

364 *Ibidem*, p. 256.

365 *Ibidem*, p. 259.

366 *Ibidem*, p. 272.

367 *Ibidem*, p. 273-274.

368 BARBOSA, Vinícius Gozdecki Quirino. A interferência da política neoliberal no direito Fundamental ao trabalho. **Revista ESMAT**, Ano 9. N. 14, 2017, p. 247. Disponível em: [http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista\\_esmat/article/view/217/201](http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/217/201). Acesso em: 8 ago. 2023.

369 ABRAMO, Lais Wendel (Co-autora). **Questionando um mito: custos do trabalho de homens e mulheres**. Brasília: OIT, 2005, p. 7.

370 FERRITO, Bárbara. **Direito e desigualdade**: uma análise da discriminação das mulheres no mercado de trabalho a partir dos usos dos tempos. 1. ed. São Paulo: LTr, 2021, p. 98.

371 Um dos melhores exemplos está na Lei 9029/95, que proibiu a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, dentre outras providências, e que paulatinamente se estendeu como um marco regulatório de diversos outros tipos de discriminação. Também a Lei 9799/99, que inseriu na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e deu outras providências.

372 PIOVESAN, Flávia. *Ob. cit.*

373 MACIEL, Eliane Cruxên Barros da Almeida. **A igualdade entre os sexos na constituição de 1988**. 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/159/10.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2023.

Transcorridos mais de 30 anos da promulgação da Constituição da República de 1988 e, tendo ocorrido diversas alternâncias de regimes políticos mais ou menos progressistas, no âmbito trabalhista, assim como em demais áreas, é possível dizer que alguns cenários mudaram, mas que a essência das relações contratuais de emprego ainda delega às mulheres um papel subalterno. Isso não se verifica no que concerne ao reconhecimento da contribuição feminina para a produção econômica, visto que, houve um aumento exponencial no número de mulheres no mercado de trabalho formal, mas pode ser observado no que diz respeito a valorizar esse trabalho – social e economicamente - permitindo uma real emancipação feminina.

Além disso, direitos trabalhistas, como um todo, foram sendo subtraídos ao longo das últimas décadas, atingindo todos os trabalhadores, mas principalmente as mulheres, em razão dos recortes específicos de gênero que o mercado apresenta. Segundo Fernando de Brito Alves<sup>374</sup>, isso se deve em grande parte aos severos ataques que foram impostos pela classe dirigente que, apropriando-se de um cenário de crises econômicas sucessivas que ocorreram no decurso da década de oitenta e início dos noventa, impôs um regime de flexibilização dos direitos constitucionais, alicerçado em posturas neoliberais que passam a ser adotadas pelo Estado, precarizando as conquistas de direitos sociais.

Nesse sentido, ou seja, assentada em ideias de flexibilização e pretensa recuperação da economia, no âmbito social o grande “evento” foi a edição da Lei n. 13.467/2017 conhecida como Lei da Reforma Trabalhista que não trouxe contribuições na área social, mas regrediu em conquistas históricas da classe trabalhadora, especialmente no que diz respeito à matéria de gênero, razão pela qual o presente trabalho vai se ater a essas disposições, em especial.

Centrando a análise ao tema de gênero, constata-se que as promessas iniciais advindas com a Constituição, se for possível fazer um apanhado cronológico da produção normativa a partir de então (pós década de 90), avança pouco (citando mais uma vez as leis contra discriminação e participação da mulher no mercado de trabalho), estando ainda longe de alcançar uma posição confortável para uma efetiva igualdade de gênero.

Para além das questões econômicas atreladas a uma economia com tendências neoliberais e, portanto, em ritmo de constante flexibilização, é possível apontar uma influência cultural, pois, ainda que a constituição tenha assegurado uma igualdade formal, não foi capaz de desfazer a reprodução secular de regras dinâmicas patriarcais, assentadas na gênese da população que produz e reproduz a misoginia eurocêntrica e outros traços hierarquizantes que atuam na discriminação de grupos periféricos ou “minoritários” – ainda que numericamente se trate de parcela expressiva da população brasileira.<sup>375</sup>

A realidade do mercado de trabalho, no limiar do novo século, passadas três décadas da promulgação da Constituição, mostra uma distância muito grande entre a expectativa gerada pela norma fundamental e as condutas patronais que ainda premiam, promovem, hierarquizam e, muitas vezes usam até de formas de violência em relação às mulheres no mundo do trabalho. E não há crescimento sem avanço no campo social e não há avanço que se sustente em meio a práticas discriminatórias.

Mas o Brasil não constitui um caso isolado nesse cenário e, justamente em razão das desigualdades se reproduzirem mundialmente, com perspectivas nefastas para o avanço global, é que a ONU promoveu uma ampla pesquisa, alcançando todos os estados membros, para apontar quais medidas devem ser adotadas para alcançar um desenvolvimento equilibrado em diversos níveis. A resposta foi apresentada através de uma agenda em que são pautados dezessete “Objetivos de Desenvolvimento Sustentável” (ODS), que representam um programa mundial para, entre outras coisas, erradicar a pobreza, promover a proteção do meio ambiente e, de suma importância, assegurar a igualdade de gênero para mulheres e meninas, em todos os níveis.<sup>376</sup>

Esse pacto global constitui um compromisso de efetivação dos 17 objetivos e 169 metas de ação global para serem alcançados até 2030. O que se pode observar é que depois de uma certa estagnação normativa pós constituinte o estabelecimento da agenda da ONU, em 2015, parece ter reavivado ou ao menos propiciado um passo adiante do debate e regulação do que diz respeito à igualdade de gênero como compromisso do Estado.

---

374 ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular**: a constituição histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 355.

375 FACHIN, Melina Girardi; DENORA, Emmanuella. Constitucionalismo feminista e a transgressão das fronteiras do Estado Moderno: um ensaio a partir dos direitos reprodutivos. In: SALADINI, Ana Paula Sefrín *et al* (org.). **Direito, gênero e raça um debate necessário**: reflexões interdisciplinares. Londrina: Thoth, 2022, p. 57-77.

376 GOV. **Indicadores Brasileiros para os Objetivos de desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/home/agenda>. Acesso em: 12 set. 2023.



Na esteira desse novo cenário global e, ainda na efetivação dos incisos XX e XXX da Constituição, foi promulgada a Lei 14.457/22<sup>377</sup>, que visa implementar o Programa +Mulheres, destinado a promover incentivos ao mercado de trabalho da mulher, estabelecendo, entre outras, medidas que visam readequar critérios relativos à reponsabilidade pela criação dos filhos, alargando o conceito para a multiparentalidade, ou seja, pensando na divisão de tarefas relativas ao cuidado e educação dos filhos de modo a permitir que a reponsabilidade seja, agora, dividida entre os responsáveis e não fique mais exclusivamente com a mulher. Não se pode deixar de observar, entretanto, que a lei em questão é passível de críticas, por adotar, de forma subjacente, parâmetros sexistas, quando, por exemplo, repete o que já vinha estipulado no art. 389, §1º, da CLT, limitando a obrigação de manter local adequado para guarda dos filhos para os estabelecimentos que contam com pelo menos 30 *mulheres* com mais de 16 anos. Ao assim agir, o legislador ratifica conceito que naturaliza a mãe como responsável pelo cuidado do filho.

Já a recente edição da Lei n. 14.611, de 3 de julho de 2023<sup>378</sup> parece atender aos preceitos de igualdade salarial coibindo práticas discriminatórias que desvalorizam o trabalho feminino em detrimento do masculino motivadas unicamente pelo gênero. As inovações na redação do art. 461 da CLT acrescentam sanções mais severas em caso de discriminação salarial por motivo não só de gênero, mas também de raça, etnia, origem e idade. A partir desse novo marco normativo, as políticas salariais nas empresas deverão apresentar critérios transparentes e estarão sujeitas à fiscalização. E talvez a determinação da publicação de relatórios semestrais de transparência salarial e critérios remuneratórios pelas pessoas jurídicas com mais de cem empregados ali prevista possa ajudar efetivamente a mitigar o problema, pois permitirá a detecção de discriminação implícita ou indireta, que acaba por ser mais praticada que a discriminação explícita ou direta.

As duas leis atuam diretamente com critérios extremamente sensíveis para a questão de gênero no mercado de trabalho, qual seja, o trabalho não remunerado das mulheres no âmbito privado/doméstico, quando explicita a obrigação também do pai com o labor reprodutivo, e o trabalho mal remunerado das mulheres no âmbito público. O tema merece maiores considerações, o que demanda analisar o contexto social em que surgem tanto a nova legislação como a Agenda 2030 da ONU, a fim de promover mudanças para alcançar a universalização da cidadania, com a inclusão das mulheres.

Para tanto, convém analisar as promessas dessa nova agenda da ONU diante das evidências apresentadas por indicadores estatísticos do IBGE pensando em duas dimensões da norma: a eficácia na proteção contra discriminação e a promoção da transformação cultural do mercado de trabalho e das relações privadas entre os sexos.

## 2. REFLETINDO SOBRE A DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO, O TRABALHO DOMÉSTICO E A IGUALDADE SALARIAL NO CENÁRIO ATUAL

No ano de 2021 o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE apresentou a segunda edição do estudo Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil, com informações fundamentais para análise das condições de vida das mulheres no país. Esse importante relatório, como monitoramento de dados sociais, é um parâmetro que permitem ao Estado e aos pesquisadores acompanharem a progressão ou regressão da realidade social, inclusive para verificar se o país avança em conformidade com as recomendações internacionais para superação das desigualdades de gênero.

Segundo o próprio órgão esclarece no relatório, o trabalho de pesquisa *mostra não somente a transversalidade e a multidimensionalidade que abarca o estudo das desigualdades de gênero, como também a importância de tornar o alcance da efetiva igualdade de gênero e empoderamento de mulheres e meninas uma meta a ser alcançada em diversas frentes para um desenvolvimento sustentável “sem deixar ninguém para trás”*.<sup>379</sup> Ele coloca o país em perspectiva de verificar a urgência não só na efetivação de leis para propiciar a igualdade de gênero, como as aqui referidas, mas também para firmar um pacto social para a implementação da Agenda 2030 da ONU.

377 BRASIL. Lei nº 14457, de setembro de 2022. Institui o Programa Emprega + Mulheres; e altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 11.770, de 9 de setembro de 2008, 13.999, de 18 de maio de 2020, e 12.513, de 26 de outubro de 2011.

378 BRASIL. Lei nº 14611, de 3 de julho de 2023. Dispõe sobre a igualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens; e altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

379 IBGE (ed.). **Estatísticas de Gênero Indicadores sociais das mulheres no Brasil**. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais. 2021. 2ª edição. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf). Acesso em: 14 ago. 2023.

O relatório é extenso, porém, alguns dados merecem destaque, em especial no que diz respeito à partilha, entre os sexos, das tarefas domésticas, e relativamente à ocupação de cargos hierárquicos e salários no mercado nacional, como se verá a seguir.

Os dados apurados apontam que as atribuições de cuidado e tarefas domésticas continuam recaindo de forma particularmente incisiva sobre as mulheres. Isso porque a jornada de trabalho remunerada padrão no Brasil é de 44 horas semanais, e o relatório demonstra que, semanalmente, mulheres brancas, pretas e pardas (essas últimas mais do que brancas) gastam em média um total de 21,4 horas em trabalhos de cuidado e/ou afazeres domésticos, enquanto homens, gastam quase metade desse tempo, numa média de 11 horas semanais. Isso significa que mulheres trabalham, por semana, o equivalente à metade do tempo legal destinado ao trabalho remunerado sem receber qualquer remuneração.

Muito embora não seja um tema novo, continua sendo fundamental destacar que essa condição é fruto de uma divisão sexual do trabalho que cria uma assimetria nas relações sociais, na divisão de poder econômico e na divisão de trabalho entre os sexos que perpassa a questão das relações de gênero ao longo da história<sup>380</sup>. A divisão sexual de trabalho, no sistema capitalista, separou trabalho produtivo e reprodutivo ou improdutivo. O produtivo seria aquele exercido nas linhas de produção, resultante em mercadorias e, por consequência, lucro. Já o trabalho desenvolvido no âmbito doméstico seria apenas reprodutivo, ou improdutivo, economicamente, porquanto seu resultado não seria a produção de mercadorias, logo, não resultaria em lucro. Seguindo a razão econômica, assalariam-se resultados lucrativos e não se assalaria o trabalho improdutivo.

A divisão conceitual entre trabalho produtivo e reprodutivo é objeto de crítica pelo pensamento feminista, na medida em que a separação implica em hierarquização, com valorização do trabalho produtivo e consequente desvalorização do reprodutivo; e como ambos são indissociáveis, a proposta do feminismo é que sejam articulados, em nome da transversalidade de gênero.<sup>381</sup> Assim, seria preciso politizar o conceito de trabalho, pensando nele não só no aspecto denominado produtivo, “mas também em todo trabalho de reprodução social e de cuidado, que pode mudar a política e ao mesmo tempo ser mudado por ela”.<sup>382</sup> Além disso, “as relações entre o mundo produtivo e o reprodutivo são muito mais de interdependência do que de autonomia”.<sup>383</sup> Um não subsiste sem o outro, a exemplo do que acontece entre capital e trabalho, o que é mais um motivo para se criticar essa separação e hierarquização.

Essa sociedade capitalista não apenas materializa o campo do trabalho dividindo-o em gêneros que podem ocupar diferentes funções, como também simboliza subjetivamente os campos imateriais de reprodução da vida onde *a esfera econômica é culturalmente definida como um universo dos homens (apesar da presença das mulheres ali), enquanto a vida doméstica é definida como um universo das mulheres (apesar da presença dos homens ali)*.<sup>384</sup>

Se os dados do IBGE demonstram que mulheres estão ocupadas em média por 21,4 horas semanais, trata-se de trabalho não remunerado. E não só isso: os resultados apontam como a presença das mulheres no mercado de trabalho formal, produtivo e remunerado, não exclui o trabalho doméstico que permanece invisibilizado, mesmo que seja fundamental para o sustento social da família e que contribua de forma efetiva para a economia. Trabalho doméstico não assalariado pode não comprar o alimento que vai à mesa, mas faz a comida; pode não comprar a roupa que usam os membros da família, mas lava e passa; pode não comprar os remédios para idosos acamados, mas cuida de suas enfermidades. E esse tempo tem valor econômico: as estimativas da agência nacional de estatísticas do Canadá são que o valor do trabalho não remunerado corresponde a algo entre 30,6 e 41,4% do PIB nacional.<sup>385</sup> O trabalho assistencial não remunerado equivale a aproximadamente 50% do PIB nos países de alta renda e a cerca de 80% do PIB nos de baixa renda.<sup>386</sup> E mesmo quando as mulheres ingressaram maciçamente no mercado de trabalho produtivo e assalariado seguiram acumulando as tarefas domésticas de cuidado, apoiando-se no suporte

380 HIRATA, Helena. Mundialização, divisão sexual do trabalho e movimentos feministas transnacionais. **Revista Feminista**, Recife, n. 2, 2010.

381 HIRATA, Helena. Transversalidade de gênero, raça e classe: contribuição do feminismo negro ao conceito de interseccionalidade. In: SALADINI, Ana Paula Sefrin; ASSAD, Sandra Mara Flügel. **Direito, gênero e raça: um debate necessário**, p. 31-41. Londrina: Thoth, 2022, p. 31.

382 HIRATA, Helena. **O cuidado: teorias e práticas**. São Paulo: Boitempo, 2022, p. 122.

383 COTTA, Mayra; FARAGE, Thaís. **Mulher, roupa, trabalho: como se veste a desigualdade de gênero**. São Paulo: Paralela, 2021, p. 142.

384 CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero uma perspectiva global: compreendendo gênero – da esfera pessoal à política no mundo contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Nversos Editora, 2015, p. 165.

385 MARÇAL, Katrine. **O lado invisível da economia: uma visão feminista**. Tradução de Laura Folgueira. São Paulo: Alaúde Editorial, 2017, p. 67.

386 PEREZ, Caroline Criado. **Mulheres invisíveis: o viés dos dados em um mundo projetado para homens**. Tradução de Renata Guerra. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2022, p. 251.

ocasional de outras mulheres da família (avós, sogras, tias, irmãs, filhas etc.), que as ajudavam também como uma “obrigação” decorrente do vínculo familiar.<sup>387</sup>

Quando a Lei n. 14.457/2022 trata mais especificamente de parentalidade está fazendo referência à possibilidade de ambos os genitores, homens e mulheres, dividirem, compartilharem de forma equânime os cuidados com filhos menores. Porém, a forma como a legislação fez essa previsão de divisão de tarefas ficou limitada a mecanismos como o reembolso-creche, adoção do teletrabalho para empregados e empregadas que tenham sob sua guarda crianças de até 6 anos de idade e ao apoio ao retorno ao trabalho após o término da licença maternidade, com alterações no Programa Empresa Cidadã. Tais medidas, ainda que possam constituir avanços no âmbito da divisão sexual do trabalho, estão longe de atingir o cerne do problema, que diz respeito a uma real divisão de responsabilidades entre homens e mulheres no tocante ao trabalho doméstico não remunerado e reprodutivo.

Neste sentido a lei não abordou temas importantes, como avanços nas licenças para cuidados familiares, em especial no que diz respeito à licença-maternidade de 120 dias e à estabilidade da gestante, mantendo o futuro pai sem qualquer garantia de emprego e a licença-paternidade de apenas cinco dias, alterando a redação apenas para prever tal licença em caso de adoção. Conceder o benefício da licença apenas à mãe – levando em conta que a licença paternidade de 5 dias é quase que insignificante frente aos 120 da materna – significa reconhecer como menos importante a atuação do homem como pai, reforçando os estereótipos de gênero no papel de cuidados. De igual modo, a limitação da estabilidade apenas para a gestante, sem prever qualquer garantia de emprego ao futuro pai, pode causar um efeito bumerangue em relação à contratação de mulheres em idade fértil.

Em vista disso, a licença maternidade e a estabilidade em virtude da gravidez, medidas que foram fruto de uma luta da mulher por reconhecimento, e que à época pareciam adequadas, hoje se mostram como um reconhecimento distorcido, pois ao mesmo tempo em que beneficiam a mulher, trazem reflexos negativos para as trabalhadoras no mercado de trabalho<sup>388</sup>, na medida em que faz uma parcela dos empregadores pensar duas vezes se vale a pena contratar uma pessoa que pode ter que se afastar do trabalho por pelo menos 120 dias e ainda ser beneficiada com estabilidade provisória que se estende por mais de um ano.

Sem contar que a questão familiar do cuidado envolve outros aspectos sequer dimensionados na legislação, como é o caso do suporte a idosos, filhos ou outras pessoas da família que, embora maiores, tenham deficiência, e familiares temporariamente acamados. Essas situações também acabam por atribuir responsabilidades às mulheres, o que decorre, em grande parte, de uma compulsoriedade de cunho afetivo, como se mulheres fossem mais capazes de se doar, e, com isso, renunciar ao direito a um salário recebendo apenas com “amor”.<sup>389</sup>

No tocante ao teletrabalho, a Lei n. 14.457/2022 fez incluir o art. 75-F na CLT de modo a priorizar a prestação de serviços em teletrabalho ou trabalho remoto para empregados com filhos ou crianças sob sua guarda de até 4 anos. A medida é voltada para as empresas que optarem por essa modalidade de trabalho e repete, em certa medida, a previsão que já existe em outras legislações, a exemplo do Código do Trabalho Português.<sup>390</sup> Mas, pela experiência de teletrabalho havida durante a Pandemia COVID-19, verifica-se que essa sistemática não acarretou em melhor divisão sexual das tarefas de cuidado. Mesmo que a mulher contasse com a presença do companheiro em casa, ou de outros membros da família, executando igualmente suas tarefas, aulas e trabalhos de forma remota, houve uma intensificação do trabalho feminino. Assim, pesquisa promovida pelo Grupo de Estudos Trabalho e Sociedade (GET's), coordenada pela sociologia Maria Aparecida Bridi<sup>391</sup>, apurou que 67,7% do universo de trabalhadores em regime de teletrabalho entrevistados eram mulheres que relataram um exacerbado acréscimo em suas atividades domésticas, inclusive borrando as fronteiras entre o tempo de trabalho produtivo e improdutivo.

387 HIRATA, Helena Sumiko; GUIMARÃES, Nadya Araujo. **O Gênero do Cuidado**: Desigualdades, Significações e Identidades. 1. ed. Cotia: Ateliê Editorial, 2020, p. 167.

388 TEIXEIRA, Flávia. **Licença maternidade**: um paradoxo normativo. IBDFAM. São Paulo, jul. 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1226/Licen%C3%A7a+maternidade:++um+paradoxo+normativo>. Acesso em: 15 ago. 2023.

389 GUIMARÃES, Nadya Araújo. Gênero, raça e cuidado: pensando a partir da experiência brasileira. In: SALADINI, Ana Paula Sefrin; ASSAD, Sandra Mara Flügel (org.). **Direito, gênero e raça um debate necessário**: reflexões interdisciplinares. Londrina: Thoth, 2022, p. 43-56.

390 PORTUGAL. **Código do Trabalho**: Lei 7/2009. Documento eletrônico disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2009-34546475> Acesso em: 10 jan. 2023.

391 BRIDI, Maria Aparecida (Coord.); BOHLER, Fernanda Ribas; ZANONI Alexandre Pilan. **Relatório técnico-científico da pesquisa**: o trabalho remoto/home-office no contexto da pandemia Covid-19. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, Grupo de Estudos Trabalho e Sociedade, 2020. Disponível em: [https://www.eco.unicamp.br/remir/images/Artigos\\_2020/RELATRIO\\_DE\\_DIVULGAO\\_DA\\_PESQUISA\\_SOBRE\\_O\\_TRABALHO\\_REMOT](https://www.eco.unicamp.br/remir/images/Artigos_2020/RELATRIO_DE_DIVULGAO_DA_PESQUISA_SOBRE_O_TRABALHO_REMOT) O.pdf. Acesso em: 16 ago. 2023.

Segundo Sandra Gemma e Flávia Bergström<sup>392</sup>, a crise sanitária que se instaurou trouxe consequências em proporções diferentes a depender do gênero do trabalhador. Isto porque, trabalhando em casa, as mulheres passaram a desempenhar tarefas em fluxo contínuo de atividades carregando as consequências observadas de um trabalho mais intensificado, controlado, precário e destituído de apoio, além de adquirir características de concorrência entre as atividades de trabalho reconhecidas e não reconhecidas materialmente. A isso se acresceu a preocupação com a saúde, que impôs às mulheres preocupações com a higiene do lar, desinfecção de compras, educação das crianças para o uso de máscaras e álcool em gel, cuidados para evitar a Covid-19 junto aos demais membros da família e outros, cuidado dos doentes, apoio emocional e psicológico para enfrentamento da nova realidade de vida instaurada com a pandemia, além do enfrentamento do luto relativo tanto às perdas humanas quanto às materiais.<sup>393</sup>

Outro fator a ser considerado é que o teletrabalho foi uma continuação do trabalho remunerado possível apenas às camadas com classe social e nível de escolaridade mais elevado. Nesse sentido, a pesquisa do GET's<sup>394</sup> constatou que a grande maioria das pessoas que migraram para o teletrabalho durante a pandemia estava no universo de nível superior completo (92,60%), o que evidencia a alta escolaridade dos entrevistados, que se reflete também no nível socioeconômico. É por isso que o teletrabalho não beneficia as mulheres trabalhadoras domésticas, da saúde e cuidados, principalmente de escolaridade e classe social mais baixa, que no Brasil, segundo dados do IPEA<sup>395</sup>, são em grande parte negras, o que resulta em um recorte social dentro do próprio gênero, privilegiando, ainda que potencialmente, mulheres brancas com empregos burocráticos e alta escolaridade. Portanto, pensar isoladamente o teletrabalho como uma saída viável para uma maior promoção da igualdade de gênero, mormente por se tratar de privilégio de poucos, como demonstrou a experiência legada pelo período da pandemia, está longe de ser uma solução adequada.

O segundo aspecto a ser destacado do resultado da pesquisa diz respeito à ocupação de cargos hierárquicos e à massa salarial, quando comparados homens e mulheres. A pesquisa do IBGE apontou que as mulheres, em 2016, ganhavam, em média, 76,5% dos salários que os homens recebiam, proporção que pouco mudou desde 2012, quando recebiam 73,7%, e que inclusive recuou 0,1% entre 2015 e 2016. E a ocupação desproporcional entre os sexos dos cargos gerenciais, que em geral são melhor remunerados, pode ser uma parte dessa equação: 62,6% deles são ocupados por homens, contra apenas 37,4% dos ocupados pelas mulheres. Esses números reforçam distinções em relação à desvantagem das mulheres em termos de ganhos e exercício de cargos de nível hierárquico.

A desigualdade salarial entre homens e mulheres é outro aspecto normalizado socialmente tanto quanto a atribuição dos trabalhos domésticos. Justamente por essa normalização, não causa assombro quando a própria ONU, em 2022<sup>396</sup>, aponta que em todo mundo as mulheres recebem 20% a menos do que os homens para executar idênticas funções. Os percentuais de diferença no Brasil, entretanto, são ainda superiores a esse, muito embora as mulheres não sejam menos escolarizadas que os homens. Ao contrário, o acesso à educação no Brasil hoje é maior entre as mulheres do que entre os homens, pois a média de tempo de estudo para pessoas com mais de 15 anos era, em 2013, de 7,8 anos para os homens e 8,2 anos para as mulheres. Mas esse crescimento da escolarização não conseguiu diminuir a assimetria em relação ao êxito profissional, já que, quanto maior o nível de escolaridade das mulheres, maior acaba sendo a diferença entre sua renda média e a dos homens.<sup>397</sup>

Essa situação ilógica se encontra estruturada no cerne de uma sociedade patriarcal que se vê a pouco tempo provocada a aceitar as transformações nos papéis de gênero, considerando a cronologia das sociedades, em especial quando se vê que as primeiras disputas dos movimentos feministas por igualdade guardam estreita aproximação com os movimentos operários no séc. XIX, com grandes nomes vinculados à luta proletária.

De modo a dar efetividade ao Direito Social à igualdade salarial entre os gêneros, a Lei 14.611/2023 trouxe previsão que não é nova, pois já prevista na CLT desde sua origem.<sup>398</sup> Todavia, a inovação está na imposição da transparência efetivada por meio da apresentação semestral de relatórios que permitam o

392 GEMMA, Sandra. LIMA, Flávia. BERGSTRÖM, Gustavo. **Trabalho das mulheres na pandemia é um fluxo contínuo de atividades que gera sofrimento**. [Entrevista concedida a] Ricardo Machado. Revista do instituto Humanitas Unisinos. Edição 07 de junho de 2021. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/7760trabalho-das-mulheres-na-pandemia-e-um-fluxo-continuo-de-atividades-que-gera-sofrimento>. Acesso em: 9 ago. 2023.

393 *Ibidem*.

394 BRIDI, Maria Aparecida (Coord.); BOHLER, Fernanda Ribas; ZANONI Alexandre Pilan. *Ob. cit.*

395 IPEA. **Retrato das desigualdades**. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores\\_trabalho\\_domestico\\_remunerado.html](https://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_trabalho_domestico_remunerado.html). Acesso em: 17 ago. 2023.

396 ONU. **Em todo o mundo, mulheres recebem 20% a menos que os homens**. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2022/09/1801331>. Acesso em: 17 ago. 2023.

397 BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 40-41.

398 Art. 461, que trata da Equiparação Salarial.



acesso público aos padrões de cargos e salários praticados por empresas que contam com mais de 100 empregados e empregadas, somada à cominação de multa em havendo comprovação de discriminação, bem como a necessidade de adoção de medidas para erradicá-la. Assim, inegavelmente trata-se de um avanço, pois a previsão de mecanismos de fiscalização permite levar a discussão de eventuais discriminações salariais ao âmbito judicial, possibilitando, ainda, a prova da violação da regra através de análise estatística. Por outro lado, o maior número de empregos está centrado nas pequenas e médias empresas; são poucas as empregadoras no Brasil que contam com mais de 100 empregados. Ilustrativamente, em 2014 o IBGE<sup>399</sup> informava que o Brasil possuía, no setor do comércio, apenas 8.464 empresas com mais de 100 pessoas empregadas. Ou seja, a abrangência é mínima, sem contar que a partir de 2017, com o advento da Reforma Trabalhista e com a liberalização da terceirização para qualquer tipo de atividades houve uma disseminação da precarização das relações de trabalho, o que reduz ainda mais o número de empregos diretos, dificultando a efetividade da medida. Não bastasse, as grandes empresas, em geral, adotam mecanismos de *compliance* e de responsabilidade social que reduzem as discriminações, especialmente em se tratando de empresas que aderiram expressamente à Agenda 2030.

Há ainda que ressaltar que a desigualdade salarial ou de cargos afeta nichos distintos de mulheres, já que existem níveis de desigualdade internos dentro do gênero, quando se faz um recorte de raça e classe, pois, como mencionado acima, às mulheres negras e de classe social mais baixa são atribuídas ocupações marcadas pela precariedade, que se encontram privadas muitas vezes do próprio *status* de um emprego formal e, portanto, estão distantes de serem protegidas pela referida lei. A interseccionalidade de gênero, raça e classe é determinante para a discriminação, e é preciso pensar no enfrentamento das maiores dificuldades no alcance de uma efetiva igualdade no ambiente de trabalho nessa perspectiva aprofundada, não podendo se enfrentar a questão apenas na análise isolada do fator gênero.

## CONCLUSÃO

Quando mulheres ocuparam os espaços públicos de produção, fizeram sob a dominação masculina, posições de controle e privilégios ainda são baseados em dominação de gênero.

O que se pode observar da análise da legislação mais recente voltada à questão da igualdade de gênero é que o alcance dos objetivos da Agenda 2030 da ONU não está assegurada por uma referência normativa à parentalidade que opera de forma parcial, vez que a falta de mecanismos que atuem com uma distribuição equitativa de tarefas domésticas entre homens e mulheres acaba por atribuir às últimas a responsabilidade pelos cuidados da família e socialização dos filhos, restringindo seu tempo no mercado de trabalho e as sobrecarregando de trabalho não remunerado. E não se pode esquecer que para algumas mulheres trabalhar depende de legar os cuidados da casa a outras mulheres em condições ainda mais precárias, situação que não encontra semelhante direto nos homens, que já contam com a responsabilidade social da companheira. Verifica-se, portanto, a necessidade de mudanças que atuem na melhor divisão das tarefas reprodutivas, concedendo equidade de tempo para que as mulheres se dediquem ao trabalho produtivo com a mesma liberdade que os homens.

Assim, alcançar uma agenda de igualdade de gênero até 2030 só será possível a partir da valorização de todo trabalho feminino, tanto feito no âmbito doméstico quanto o executado no espaço de trabalho remunerado. É preciso prestar o devido reconhecimento da contribuição feminina como base de toda a estrutura capitalista. Nada é mais impeditivo ao alcance dessa tarefa do que manter uma estrutural social baseada na divisão sexual do trabalho, separando o tempo de trabalho reprodutivo do dito trabalho produtivo.

---

399 IBGE. **Brasil em síntese**. Disponível em: <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/comercio/numero-de-empresas-por-faixas-de-pessoal-ocupado.html>. Acesso em: 17 ago. 2018.



## **CONTRIBUTOS DA RELAÇÃO LABORAL AO MEIO AMBIENTE NATURAL: EMPREGOS VERDES PARA UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

### CONTRIBUTIONS OF LABOR LAW TO THE NATURAL ENVIRONMENT: GREEN JOBS FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT

**André Jobim de Azevedo**<sup>400</sup>

**Vitor Kaiser Jahn**<sup>401</sup>

**Mateus Vinicius Kaiser**<sup>402</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo desvendar quais contributos a relação laboral pode oferecer para a proteção do meio ambiente natural. Para tanto, adota o plano francês e o método dedutivo, bem como a técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Partindo de uma abordagem geral, investiga os fundamentos do desenvolvimento sustentável, para, então, elencar as contribuições que o direito laboral pode oferecer para a preservação do meio ambiente natural. Os resultados obtidos apontam que as relações de trabalho pautadas por ideais de sustentabilidade podem oferecer um terreno fértil de soluções através da implementação de empregos verdes, envolvendo (1) a produção de bens e serviços verdes; (2) a adoção de processos de produção mais ecológicos, utilizando energias renováveis e matérias-primas sustentáveis; (3) a gestão dos resíduos de forma mais eficiente; e, ainda (4) a ecologização dos locais de trabalho, com um papel significativo na redução das emissões de carbono.

**PALAVRAS-CHAVE:** Empregos verdes. Meio ambiente do trabalho. Meio ambiente natural.

**ABSTRACT:** This article aims to unveil which contributions the employment relationship can offer to the protection of the natural environment. To this end, it adopts the French plan and the deductive method, as well as the bibliographic and documentary research technique. Starting from a general approach, it investigates the foundations of sustainable development, and then lists the contributions that labor law can offer to the preservation of the natural environment. The results obtained indicate that work relationships guided by sustainability ideals can offer a fertile ground for solutions through the implementation of green jobs, involving (1) production of green goods and services; (2) adoption of more ecological production processes, using renewable energy and sustainable raw materials; (3) efficient waste management; and also (4) the greening of workplaces, with a significant role in reducing carbon emissions.

**KEYWORDS:** Green jobs. Work environment. Natural environment.

---

400 Membro titular da cadeira nº 89 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT) e da cadeira nº 02 da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho (ASRDT). Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), instituição pela qual é Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais e Especialista em Direito Processual Civil. Especialista em Direito Internacional pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Diretor Executivo da Câmara de Arbitragem da FEDERASUL (CAF) e membro do Conselho Superior do Comitê de Arbitragem da OAB/RS. Advogado sócio do escritório Faraco de Azevedo Advogados.

401 Mestre em Direito, com ênfase em Direito do Trabalho, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Seguridade Social pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP/RS) em parceria com a Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Estado do Rio Grande do Sul (FEMARGS). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogado sócio do escritório Simon, Nadal & Jahn Advocacia.

402 Mestrando em Direito, com ênfase em Direito Ambiental e Sociedade, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (UCS), instituição pela qual também é Bacharel em Direito.

## INTRODUÇÃO

Esta obra coletiva constitui um tributo em homenagem aos 35 anos da Constituição de 1988. Além de ter regido o processo de redemocratização do país, a Constituição Cidadã elencou uma série de normas programáticas que estabeleceram os fins a serem atingidos para a concretização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Nessa senda, a Constituição de 1988 foi a precursora, dentre as Constituições brasileiras<sup>403</sup>, ao conferir *status* de direito fundamental à proteção do meio ambiente, tendo estabelecido, no *caput* do art. 225 que: “*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”. A constitucionalização da matéria ambiental teve lugar no Capítulo VI do Título VIII “Da Ordem Social” da Constituição de 1988. Embora regulada em um único artigo, a riqueza dos parágrafos que seguem o *caput* do art. 225 da CRFB asseguram a efetividade do direito, disciplinando sua concretização.

Portanto, o desenvolvimento nacional elencado como objetivo fundamental da República (art. 3º, inc. II, CRFB) não pode ser compreendido como alheio ao imperativo constitucional de defesa do meio ambiente. Afinal, a Constituição não se interpreta em tiras<sup>404</sup>, devendo ser conferida a interpretação que observe os princípios da “unidade da constituição” e da “máxima efetividade das normas constitucionais”<sup>405</sup> mediante um processo dialético de harmonização dos espaços de tensão entre desenvolvimento nacional e proteção ambiental. Coroando o objetivo do desenvolvimento sustentável, a Constituição de 1988 elencou a defesa do meio ambiente como um princípio regente da ordem econômica (art. 170, inc. VI).

A propósito, o conceito de “meio”, na obra de François Ost, aparece como construção que corresponde às demandas colocadas pelo entendimento de “natureza como projeto”. Para o autor, meio pode ser sintetizado como um misto de natureza e cultura, uma interação entre matéria, vida e sentido. Pode-se dizer, portanto, que meio é o palco das interações recíprocas entre o natural e o humano, aquilo no que estamos imersos, do qual dependemos e sobre o qual temos cada vez mais responsabilidades.<sup>406</sup>

Nessa interação complexa, François Ost aponta correlações entre crises ecológicas e crises de civilização. Essa constatação se coaduna perfeitamente com a ideia Ostiana de meio: o *locus* de interação entre natureza e cultura. Ora, se no meio há interação entre o natural e o humano, interação (recíproca) de verdade, nada mais justo do que concluir que onde há crise civilizatória há, também, crise ecológica.<sup>407</sup> Daí a importância de uma interpretação constitucional que compreenda e concretize um *direito difuso* ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A Constituição de 1988 também revelou a íntima relação que há entre trabalho e questões ambientais, pois o “ambiente laboral” é uma espécie que integra o conceito mais amplo de meio ambiente<sup>408</sup>, reconhecendo que a proteção do meio ambiente de trabalho e, por via de consequência, da saúde do trabalhador, é questão de saúde pública (art. 200, inc. VIII, da CRFB).

Nessa senda, já com o advento da Política Nacional do Meio Ambiente, havia sido positivado o conceito legal de meio ambiente, sendo este reconhecido como o “*conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas*” (art. 3º, inc. I, da Lei nº 6.938/1981), no qual insere-se a noção de “meio ambiente do trabalho”, pois a vida

---

403 Veja-se, que a regulação constitucional do Direito Ambiental era bastante tímida nas Constituições antecessoras: a Constituição de 1824 não fazia qualquer menção à proteção ambiental; a Constituição de 1891 conferiu à União a competência sobre assuntos referentes a terras e minas (art. 34, § 29); a Constituição de 1934 ressaltou ser de competência da União legislar sobre a proteção das belezas naturais, do patrimônio histórico e artístico (art. 10, inc. III); a Constituição de 1937 estabeleceu que os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens e os locais dotados pela natureza gozam de proteção e de cuidados especiais pela Nação, pelos Estados e pelos Municípios; Da mesma forma, a defesa do patrimônio histórico, cultural e paisagístico pelo Poder Público é mantida nas Constituições de 1946 (art. 175) e de 1967 (art. 172, parágrafo único); e a Emenda Constitucional de 1969 acrescentou, em seu art. 172, a previsão de que: “a lei regulará, mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades. O mau uso da terra impedirá o proprietário de receber incentivos e auxílios do governo”.

404 “Insisto em que não se pode interpretar o direito – e, pois, menos ainda, a Constituição – em tiras. Assim como jamais se aplica uma norma jurídica, mas sim o direito, não se interpretam normas constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo”. (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 276).

405 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1223-1224.

406 OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Tradução Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

407 *Ibidem*.

408 O meio ambiente do trabalho, como espécie do gênero meio ambiente, situa-se ao lado do meio ambiente natural, constituído pelo solo, pela água, pela flora e pela fauna; do meio ambiente artificial, constituído pelo espaço urbano e rural construído pelo homem; e do meio ambiente cultural, constituído pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico. (FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho: aspectos gerais e propedêuticos. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 20, p. 160-203, 2002, p. 201).

humana é em grande parte desenvolvida no âmbito laboral.<sup>409</sup> Isto abriu as portas para significativas construções doutrinárias de proteção à saúde do trabalhador que tiveram como ponto de partida o reconhecimento, no plano abstrato, de um *direito difuso* ao meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado, autorizando a aplicação da disciplina jurídica conferida pelo art. 225 da CRFB e de toda a principiologia que a norma carrega consigo (princípio da participação, princípio da prevenção e da precaução, princípio do poluidor-pagador).<sup>410</sup>

O presente artigo, no entanto, propõe uma leitura jurídica não usual da interação entre a relação de emprego e o meio ambiente. Enquanto a doutrina habitualmente realiza suas construções conceituais partindo das disposições constitucionais estabelecidas *prima facie* para a proteção do meio ambiente em sua acepção mais ampla para destas extrair aplicações ao meio ambiente laboral, este estudo tem como objetivo investigar quais os contributos que o controle do meio ambiente laboral pode trazer em prol do meio ambiente natural, sobretudo com a promoção de empregos verdes.

Adotando o plano francês e o método dedutivo, o artigo será desenvolvido em dois blocos: no primeiro, com abordagem geral, serão apresentados os fundamentos de um desenvolvimento sustentável; e, no segundo, quais os contributos que o direito laboral oferece para a preservação do meio ambiente natural.

Em derradeiro quanto aos aspectos introdutórios, a técnica de pesquisa será a bibliográfica e documental, com a revisão da literatura, da legislação e de documentos internacionais, permitindo agregar os resultados obtidos para, em sua análise, construir uma explicação teórica organizada com a formulação da questão norteadora; coleta de fundamentação teórica; interpretação dos referenciais e demais achados; e apresentação de conclusões para solução do problema de pesquisa.

## 1. FUNDAMENTOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A constitucionalização da proteção ambiental foi um fenômeno motivado pelos compromissos assumidos pela comunidade internacional e que se deu de forma quase simultânea com a própria formação das bases da autonomia dogmática do Direito Ambiental.

A propósito, como leciona Herman Benjamin, “a ecologização da Constituição não é cria tardia de um lento e gradual amadurecimento do Direito Ambiental, o ápice que simboliza a consolidação dogmática e cultural de uma visão jurídica de mundo. Muito ao contrário, o meio ambiente ingressa no universo constitucional em pleno período de formação do Direito Ambiental. A experimentação jurídico-ecológica empolgou, simultaneamente, o legislador infraconstitucional e o constitucional”.<sup>411</sup>

A partir da segunda metade do século XX, intensificaram-se as preocupações ambientais, dadas as circunstâncias de mudanças climáticas, desmatamento, perda da biodiversidade e de conhecimentos tradicionais, além do aumento significativo dos níveis de poluição atmosférica e do consumo desenfreado. Com esses desassossegos em mente, a Organização das Nações Unidas convocou seus membros para uma conferência precursora sobre meio ambiente (Estocolmo 1972), que engendraria profícuos debates sobre a questão ambiental.<sup>412</sup>

Somaram-se às delicadas pautas ambientais contemporâneas o projeto inacabado da efetivação dos direitos sociais, os conflitos entre Norte e Sul global, as migrações, a fome e a luta pela construção de condições dignas de trabalho. Nesse contexto, com o objetivo de ponderar e compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação ambiental, surgiu a noção de “desenvolvimento sustentável” no *Relatório Nosso Futuro Comum*, também conhecido como *Relatório Brundtland*.<sup>413</sup> Publicado em 1987 pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU, o documento conceituou como sustentável o desenvolvimento que atinge as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das

---

409 O meio ambiente do trabalho pode ser definido como “o local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida está, por isso, em íntima dependência da qualidade daquele ambiente”. (SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 5).

410 FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Ob. cit.*, p. 169-170.

411 BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato Leite (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, p. 64.

412 TOLEDO, André de Paiva; LIMA, Lucas Carlos. Os 30 anos da Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento: uma introdução. *In*: TOLEDO, André de Paiva; LIMA, Lucas Carlos (orgs.). **Comentário brasileiro à Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'plácido, 2022.

413 SARLET, Ingo Wolfgang. Prefácio. *In*: BOSELTMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança**. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades, ensejando limites à exploração de recursos ambientais, à organização social e ao desenvolvimento tecnológico.<sup>414</sup>

O tema retornou à pauta da comunidade internacional na Conferência das Nações Unidas Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992, a qual deu origem a uma série de documentos internacionais, dentre os quais destaca-se a *Declaração Rio 92*, no âmbito da qual foram elencados vinte e sete princípios básicos para o desenvolvimento sustentável.<sup>415</sup> A partir de então, a natureza deixa de ser observada sob o atributo da imutabilidade (clássico elemento da teoria do Direito Natural), passando a ser compreendida como algo construído/destruído pela agência humana. Os riscos ambientais multiplicam-se e desnudam-se, revelando sua faceta histórica, isto é, que são manufaturados pela ação humana.<sup>416</sup>

Dessa proliferação de riscos, surge a necessidade de reelaboração do conceito jurídico e ético de responsabilidade. Para tanto, Ost propõe a sua síntese dialética "natureza-projeto", com a intenção de superar a dicotomia "antropocentrismo/biocentrismo", investindo a humanidade em um papel de responsabilidade para com o meio: só o homem (e não a natureza) pode refletir criticamente sobre esta relação e, a partir daí, construir um projeto acerca dela, preservando os vínculos e demarcando os limites.<sup>417</sup>

A necessidade da reelaboração teórica do conceito de responsabilidade e o aumento dos riscos das atividades humanas exigem uma abordagem do tipo precaucional. Sobre o princípio da precaução, pode-se dizer que ele ganha protagonismo em razão das complexidades próprias do chamado "paradigma da incerteza". Nesse sentido, os rumos da civilização indicam a necessidade de se adotar um modelo de escolhas públicas do tipo antecipativo (política de gestão de riscos ambientais), que conota um teor bem-vindo de humildade e lucidez no tratamento das questões ambientais.<sup>418</sup>

Essa prudência engendrada a partir das discussões precaucionais, contesta, de certo modo, o paradigma da racionalidade e da hierarquia do homem em relação ao meio ambiente, que foi o grande fundamento das ideias cartesianas e iluministas que propagavam o progresso e a onipotência da racionalidade humana. O que se verificou, na verdade, foi o aumento exponencial dos riscos provenientes do progresso da técnica, de modo tal que o "paraíso cartesiano" converteu-se em "inferno ecológico".<sup>419</sup>

O princípio da precaução relaciona-se diretamente com o problema do risco e da incerteza, buscando avançar na proteção do meio ambiente quando políticas preventivas (princípio da prevenção) se mostram insuficientes para garantir níveis mínimos de segurança. No entanto, não se pode tratar a precaução como princípio paralisante, que ignora necessidades sociais e econômicas.<sup>420</sup>

Fato é que o Direito, em seus contornos, modifica-se para tornar os desideratos do desenvolvimento sustentável realizáveis: ao lado da função repressiva, calcada em proibições e sanções negativas, ganha força o paradigma promocional do Direito, que vai adiante e trabalha com base em técnicas de encorajamento de condutas socialmente desejáveis, valendo-se de sanções premiais.<sup>421</sup> Em matéria ambiental, percebe-se claramente que os incentivos fiscais promovem uma série de condutas ecologicamente desejáveis.<sup>422</sup>

Cita-se, como exemplo, a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais instituída pela Lei nº 14.119/2021, a qual assegura a remuneração pelos serviços ambientais que geram benefícios para toda a sociedade, constituindo incentivos positivos (função promocional do Direito), tendo em vista que os instrumentos de comando-e-controle, por suas limitações, não lograram êxito frente aos contemporâneos problemas provenientes da (aparente) dicotomia crescimento econômico *versus* preservação do meio ambiente.<sup>423</sup>

---

414 ONU. **Report of the World Commission on Environment and Development:** Our Common Future. Nações Unidas, 1987. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>. Acesso em: 09 set. 2023.

415 Destaca-se, a propósito, o Princípio nº 4: "Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento, e não pode ser considerada isoladamente deste.

416 LAFER, Celso. 30 anos depois: reflexões sobre os antecedentes, as características e os desdobramentos da Declaração do Rio sobre o meio ambiente e desenvolvimento de 1992. In: TOLEDO, André de Paiva; LIMA, Lucas Carlos (orgs.). **Comentário brasileiro à Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'plácido, 2022, p. 5.

417 OST, François. **A natureza à margem da lei:** a ecologia à prova do direito. Tradução Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

418 SILVEIRA, Clóvis Malinverni. **Risco ecológico abusivo:** a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável. Caxias do Sul: Educs, 2014.

419 *Ibidem*.

420 *Ibidem*.

421 FERRAZ, Tércio Sampaio. **O pensamento jurídico de Norberto Bobbio**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

422 MODENA, Cesar Augusto. Proteção ambiental através de incentivos fiscais. In: RECH, Adir Ubaldo; ALTMANN, Alexandre. **Pagamento por serviços ambientais**. 1. ed. Porto Alegre: Educs, 2009, p. 161.

423 ALTMANN, Alexandre. O desenvolvimento sustentável e os serviços ecossistêmicos. In: RECH, Adir Ubaldo; ALTMANN, Alexandre. **Pagamento por serviços ambientais**. 1. ed. Porto Alegre: Educs, 2009.



Nessa senda, busca-se mudar o curso da história e tentar resolver as contradições dos sistemas produtivos, de tal forma que preservar a natureza não implique em impedir o desenvolvimento, apesar de que toda a história do "progresso", até agora, tenha se dado em desfavor do meio ambiente. É nessa onda que surgem e se consolidam as noções de empregos verdes, títulos verdes (créditos de carbono), economia florestal, ESG (governança ambiental, social e corporativa) e de pagamento por serviços ambientais.

A propósito, em razão de suas potencialidades ecológicas, o Brasil reúne em si todas as condições para protagonizar a conversão para uma economia ambientalmente consciente. Para fundamentar essa afirmação, Caldeira, Sekula e Schabib apresentam um mapa de produtividade primária bruta, que dá conta de indicar que o Brasil é o "Paraíso Restaurável": um mapa-múndi diferente daqueles aos quais estamos habituados, no qual o Brasil surge como o maior país do planisfério.<sup>424</sup>

Esse mapa representa a produtividade primária bruta dos territórios, ou seja, ele fornece uma representação cartográfica que demonstra visualmente aquilo que a combinação dos fatores luz, água e ar são capazes de gerar na Terra. Nessa escala, o Brasil aparece como o maior país do globo em razão de ser o território no qual mais se produz vida, o que conota o potencial ecossistêmico brasileiro.<sup>425</sup> Além da imensa capacidade de produzir vida, menciona-se a importância da diversidade biológica e dos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético, presentes em nosso território.

Os autores supracitados também problematizam o clássico ditado popular "dinheiro não dá em árvores", abrindo o tópico 53 de seu livro com o seguinte título: "Queimar floresta é queimar dinheiro". Referem eles que os valores mudam (caráter histórico), e com eles os costumes, as teorias e as normas, fazendo com que agora seja possível ganhar dinheiro com a floresta de pé.<sup>426</sup> O manejo sustentável da floresta amazônica há de ser um fator de desenvolvimento, construído a partir de planejamento de longo prazo, sem perder de vista a ideia de que a floresta é o maior tesouro biológico do mundo.<sup>427</sup>

## 2. CONTRIBUTOS DA RELAÇÃO LABORAL À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE NATURAL

A criação da Organização Internacional do Trabalho em 1919 foi o grande marco de consolidação do direito do trabalho em um contexto global, não mais pulverizado, tendo a OIT servido como mola propulsora para o aperfeiçoamento da legislação trabalhista em diversos países, como se constata no Brasil, cuja intensificação legislativa somente se deu a partir do compromisso internacional.<sup>428</sup>

Se até então os países concediam um ou outro direito aos trabalhadores, cada qual em seu momento e de acordo com sua avaliação dos interesses a serem tutelados conforme a inclinação política do governo em exercício, a partir da constituição da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, vislumbra-se haver uma preocupação comum dos Estados componentes das Nações Unidas com o aprimoramento da legislação trabalhista para tornar efetiva a proteção aos trabalhadores em um âmbito global.<sup>429</sup>

Hoje, passados mais de 100 anos da criação da OIT, as pautas da organização foram ampliadas, preocupando-se com o componente ecológico do desenvolvimento sustentável. Nos últimos 40 anos, a Organização adotou diversos documentos que vincularam questões trabalhistas e ambientais, além de ter participado na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20), com o fim de promover a transição para uma economia verde.<sup>430</sup>

Nessa senda, a OIT tem destacado a importância da promoção de empregos verdes que contribuam diretamente para a melhoria da qualidade ambiental com a transformação das economias, empresas, locais de trabalho e mercados, numa estrutura que objetiva uma cadeia produtiva de baixo carbono e que promove o trabalho digno.<sup>431</sup>

Define-se emprego verde como aquele não apenas ecológico, mas também digno: deve ser produtivo, seguro e capaz de proporcionar rendimento suficiente. O emprego verde, engajado por essência

424 CALDEIRA, Jorge; SEKULA, Julia Marisa; SCHABIB, Luana. **Brasil paraíso restaurável**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020, p. 6.

425 *Ibidem*.

426 CALDEIRA, Jorge; SEKULA, Julia Marisa; SCHABIB, Luana. **Brasil paraíso restaurável**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020.

427 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Barueri: Grupo GEN, 2023.

428 DORNELES, Leandro do Amaral D.; JAHN, Vitor Kaiser. Cem anos da OIT e perspectivas futuras: a necessária ampliação do objeto tutelado pelo Direito do Trabalho para proteção do trabalhador digital. In: ROCHA, Cláudio Jannotti et al (org.). **A organização internacional do trabalho: sua história, missão e desafios**, volume 1. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 91-116.

429 *Ibidem*.

430 OIT. **Economias, Empresas e Empregos Verdes**: O papel das organizações de empregadores na promoção de economias e empresas ambientalmente sustentáveis. 2020. Disponível em: [https://www.ilo.org/lisbon/publicações/WCMS\\_776652/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/lisbon/publicações/WCMS_776652/lang-pt/index.htm). Acesso em: 02 set. 2023.

431 *Ibidem*.



na efetivação do desenvolvimento sustentável, também visa promover a participação dos trabalhadores nas deliberações que sejam capazes de afetar seu patrimônio jurídico. Seu objetivo é a redução dos impactos ambientais e a continuidade/viabilidade das empresas e economias.<sup>432</sup> Consta-se, de pronto, o vínculo intrínseco que se forma entre o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental.

Felizmente, vê-se, nos últimos anos, um fortalecimento dos argumentos a favor do esverdeamento da economia e dos postos de trabalho. Nesse cenário, tanto consumidores quanto agentes formuladores de políticas públicas estão exigindo que as empresas adotem métodos de produção sustentáveis para evitar o agravamento do cenário de mudanças climáticas.<sup>433</sup>

De fato, uma mudança nos padrões de consumo exige ação conjunta de governos, empresas e consumidores. Para conhecer a intenção dos consumidores, a empresa *AlixPartners* realizou uma pesquisa que revela dados significativos: 73% dos chineses desejam possuir carros elétricos. Independentemente do motivo, a ideia dos carros elétricos não é tão bem aceita pelos norte-americanos: apenas 26% deles têm ou almejam possuir um carro elétrico. Essa simpatia da sociedade civil chinesa pode ser um dos fatores do sucesso das suas políticas sustentáveis.<sup>434</sup>

A luta por uma economia sustentável recém começou e haverá muito trabalho para efetivar a transição. Isso envolve combater monopólios (que recuam combatendo), incentivar a pesquisa científica e a participação dos cidadãos nos debates. Há que se aproximar governos, empresas e consumidores e jamais desvincular os avanços sociais dos avanços ambientais. Nesses termos, o discurso de Ursula von der Leyen, presidente da Comissão Europeia, na apresentação do pacto verde europeu: "não deixar ninguém para trás".<sup>435</sup>

Em razão dos avanços tecnológicos, chegamos no momento em que as formas de energia renovável se tornaram competitivas do ponto de vista dos custos e, nesse sentido, a empresa Bloomberg NEF estima que, no ano de 2037, 50% da energia produzida no planeta será proveniente de fontes renováveis. Por outro lado, a empresa Shell prevê um cenário mais otimista para o setor petrolífero, calculando que no ano de 2050 (13 anos depois) as fontes renováveis vão ultrapassar os combustíveis fósseis.<sup>436</sup>

Há aí, nessa virada sustentável, outro sério debate que concerne ao Direito do Trabalho. Destaca-se que os processos de transição para uma matriz energética limpa são delicados. No caso da Alemanha, a valorização das fontes de energia renováveis e descentralizadas correspondeu a (1) um declínio das grandes empresas fornecedoras de energia, (2) uma política de fechamento de usinas de carvão e (3) uma descrença na produção de energia nuclear, principalmente após o acidente nuclear de Fukushima. A reordenação dos recursos deve ocorrer de forma sistematizada, de maneira tal que sejam mitigados os efeitos negativos das mudanças, como por exemplo o desemprego causado pelo fechamento das usinas de carvão, justamente para não causar problemas sociais.<sup>437</sup>

Já em curto prazo, percebe-se que, em razão da posição que o empregador ocupa na relação de emprego, com a incumbência de organizar a atividade empresária e dirigir a prestação laboral, o *Poder de Comando* por ele ostentado constitui uma ferramenta de importância fundamental para a implementação de mudanças imediatas para efetivar uma economia verde.

De acordo com o relatório divulgado pela OIT em novembro de 2022, grandes empresas são mais propensas a tomar medidas eficientes em termos de recursos e oferecer produtos e serviços verdes, em parte porque têm mais acesso à tecnologia sustentável e têm um maior número de obrigações legais. Mas, ainda assim, muitas micro, pequenas e médias empresas também estão implementando medidas para economizar energia, recursos e gerenciar resíduos, sendo reconhecido por empregadores e trabalhadores que a ecologização dos locais de trabalho é uma questão de suma importância, incluindo questões como transporte sustentável, consumo de recursos de forma sustentável, gestão de resíduos, organização do trabalho e alimentação sustentável no trabalho.<sup>438</sup>

---

432 OIT. **Desenvolvimento sustentável, trabalho digno e empregos verdes**. Relatório V, Conferência Internacional do Trabalho, 102ª Sessão, 2013.

433 OIT. **Empregos verdes**: rumo ao trabalho decente em um mundo sustentável e com baixas emissões de carbono. Brasília, Escritório da OIT no Brasil, 2008.

434 CALDEIRA, Jorge; SEKULA, Julia Marisa; SCHABIB, Luana. **Brasil paraíso restaurável**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020.

435 *Ibidem*.

436 *Ibidem*.

437 *Ibidem*.

438 OIT. **Greening Enterprises**: Transforming processes and workplaces. 2022. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_861384.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_861384.pdf). Acesso em: 11 set. 2023.

Portanto, verifica-se que a promoção de empregos verdes contribui com a preservação do meio ambiente natural ao passo em que pode envolver (1) a produção de bens e serviços verdes, como, por exemplo, painéis solares; (2) a adoção de processos de produção mais ecológicos, utilizando energias renováveis e matérias-primas sustentáveis; (3) a gestão dos resíduos de forma mais eficiente; e, ainda (4) a ecologização dos locais de trabalho, com um papel significativo na redução das emissões de carbono.<sup>439</sup>

## CONCLUSÃO

Os consensos e convergências no plano internacional, firmes na construção de uma paisagem sustentável, irradiam seu ideário para o ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a Constituição de 1988 enaltece o princípio do desenvolvimento sustentável e protege, de maneira substancial, o meio ambiente.

A crise ecológica atual impõe uma nova abordagem na relação homem/natureza, de modo que o Direito deve se adaptar para buscar responder adequadamente os problemas que se colocam no horizonte.

Nesse contexto, faz-se necessário (1) um novo olhar (ético e jurídico) sobre riscos e responsabilidades, que densifique uma abordagem do tipo precaucional, (2) criar mais políticas de incentivo (sanções premiais) para aqueles que dirigem suas condutas de forma a manejar o meio ambiente de forma sustentável, (3) fomentar meios de participação popular e espaços de decisão coletiva; (4) promover a criação de postos de trabalho que atendam os ditames da sustentabilidade, com a geração de empregos verdes.

Os resultados obtidos nesta pesquisa apontam que a promoção de empregos verdes contribui com a preservação do meio ambiente natural ao passo em que pode envolver (1) a produção de bens e serviços verdes, como, por exemplo, painéis solares; (2) a adoção de processos de produção mais ecológicos, utilizando energias renováveis e matérias-primas sustentáveis; (3) a gestão dos resíduos de forma mais eficiente; e, ainda (4) a ecologização dos locais de trabalho, com um papel significativo na redução das emissões de carbono, medidas estas que hoje estão sendo gradativamente implementadas por empregadores de diferentes portes, a fim de atender os melhores padrões ambientais, sociais e de governança corporativa (ESG).

Por fim, registra-se o protagonismo da OIT quanto à “iniciativa verde” no âmbito laboral, com o objetivo de fortalecer uma economia e um mercado ambientalmente engajados, nos quais a natureza seja vista como um valor e o desenvolvimento econômico não seja desvinculado de preocupações socioambientais, fomentando-se a transição para uma economia verde.

---

439 *Ibidem*.

## **A HIPEREXPOSIÇÃO DIGITAL DO ADOLESCENTE COMO FATOR DE DISCRIMINAÇÃO À VAGA DE EMPREGO**

### **THE DIGITAL HYPEREXPOSURE OF ADOLESCENTS AS A FACTOR OF DISCRIMINATION IN THE JOB VACANCY**

**Simone Cruxên Gonçalves<sup>440</sup>**

**RESUMO:** O presente artigo analisa a possibilidade de se utilizar o Direito ao Esquecimento em relação a atos praticados por adolescentes, que acabam se expondo na rede mundial de computadores e cujos conteúdos divulgados e imagens reveladas podem ser potencialmente prejudiciais, futuramente, quando da busca por emprego. O tema reveste-se de relevância, pois na era da tecnologia e do mundo virtual, os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade ficam praticamente rarefeitos e mitigados. O mundo virtual é uma realidade e que, de forma exponencial, tornou-se extremamente envolvente, desde a tenra idade, fazendo parte do cotidiano de crianças e de adolescentes. Nessas fases da vida, em que as pessoas são consideradas absoluta ou relativamente incapazes, não se têm consciência da repercussão dos próprios atos, nem de que futuramente lhes poderão causar danos. Uma cultura voltada à formação e uso ético dos meios digitais merece ser desenvolvida, inserindo-se nesta empreitada os responsáveis legais, escola, sociedade e Estado em busca de alertar as possíveis repercussões de uma hiperexposição no meio digital, para os adolescentes. De outra parte, os direitos à informação e à liberdade de expressão, que são igualmente direitos fundamentais protegidos na Constituição Federal, com vistas à preservação da historicidade são de extrema relevância para a existência de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Apesar da temática já ter sido analisada pela Supremo Tribunal Federal, neste artigo ousa-se trazer algumas críticas ao julgado, em razão da posição adotada pela Suprema Corte. Diante da dignidade da pessoa humana e do direito ao pleno desenvolvimento da personalidade do adolescente, entende-se que determinados fatos, imagens ou notícias, à luz da análise do caso concreto, merecem ser esquecidos para que o indivíduo possa ter sua honra preservada e inserir-se livremente, sem discriminação, na sociedade e, sobretudo, no mercado de trabalho. Desta forma, revisita-se o tema, sob à ótica da análise da possibilidade de ser postulada, judicialmente, a retirada de determinado conteúdo postado na internet relativo à fase da adolescência, de sites de buscas, quando este interferir ou até obstaculizar a busca pelo direito ao pleno emprego, por ocasionar discriminação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito ao esquecimento; Privacidade; Direito à informação; Liberdade de expressão; Não discriminação; Provedores de internet; Adolescente; Candidato ao emprego; Dados sensíveis; Pleno emprego; Pleno desenvolvimento da personalidade.

**ABSTRACT:** This article analyzes the possibility of using the Right to be Forgotten in relation to acts committed by adolescents, who end up exposing themselves on the World Wide Web and whose published content and revealed images may be potentially harmful in the future when looking for a job. The theme is of paramount importance, because in the age of technology and the virtual world, the fundamental rights to privacy and intimacy are practically rarefied and mitigated. The virtual world is a reality that, exponentially, has become extremely involving, from an early age, being part of the daily lives of children and adolescents. In these stages of life, when people are considered absolutely or relatively incapable, they are not aware of the repercussions of their own actions, nor that they may cause harm in the future. A digital culture deserves to be developed, including legal guardians, schools, society and the State in this endeavor, seeking to raise awareness of the possible harm and repercussions of hyperexposure to the digital environment for

---

440 Advogada. Professora universitária. Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Integrante da Academia-Sul-Riograndense de Direito do Trabalho. Autora de obras e artigos jurídicos.

adolescents. On the other hand, the rights to information and freedom of expression, as well as the preservation of historicity, are extremely important for the existence of a true Democratic State of Law. Although the theme has already been analyzed by the Federal Supreme Court, this article dares to bring some criticisms to the judgment, due to the position adopted by the Supreme Court. Faced with the dignity of the human person and the right to the full development of the personality of the adolescent, it is understood that certain facts, images or news, in the light of the analysis of the concrete case, deserve to be forgotten so that the individual can have his honor preserved and insert freely, without discrimination, in society and, above all, in the labour market. In this way, the theme is revisited, from the perspective of the analysis of the possibility of judicially postulating the removal of certain content posted on the internet related to the adolescence phase, from search engines, when this interferes or even hinders the search for the right to full employment, as it causes discrimination.

**KEYWORDS:** Right to be forgotten; Privacy; Right to information; Freedom of expression; Non-discrimination; Internet providers; Adolescent; job candidate; Sensitive data; Full employment; Full personality development.

## INTRODUÇÃO

Vivemos em uma sociedade democrática, na qual a livre expressão das atividades intelectual, artística, científica e de comunicação é enaltecida na era digital. É assegurado, constitucionalmente (art. 5º, IV), a toda pessoa, o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Mais do que nunca, o anonimato é praticamente impossível na sociedade permeada pelo avanço das inovações tecnológicas. Hoje, em sítios de buscas de informações e em redes sociais, é possível rastrear a vida pregressa de uma pessoa, bem como aferir seus gostos, preferências, crenças, ideologias, posição partidária entre tantas outras particularidades inerentes à personalidade de cada ser humano. A exposição midiática é um fato que pode ter como mecanismo de contenção o direito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem e os dados sensíveis das pessoas naturais, uma vez que se referem a bens fundamentais juridicamente protegidos pela Constituição Federal e por leis infraconstitucionais. Por vezes, podemos nos deparar com uma situação na qual a pessoa almeja que determinada informação, imagem ou dados sensíveis a si relacionados permaneçam nas esferas íntima e privada, circulando, no máximo, entre entes mais próximos. Porém, diante da facilidade de buscar, receber, armazenar e disseminar conteúdo, fato e informação, *fake* ou verdadeiro, uma vez divulgado na rede mundial, dificilmente os potenciais efeitos danosos poderão ser apagados ou caírem no esquecimento. A mente humana pode esquecer de fatos, porém a internet, não. A era digital é uma realidade presente desde a tenra idade dos indivíduos, fazendo parte do cotidiano de crianças e de adolescentes, potencializada após a crise sanitária mundial da COVID-19. A adolescência é uma fase da vida em que a inclusão e a aceitação em grupos de amigos são imprescindíveis, a mutação dos hormônios pode ser acompanhada de comportamento rebelde, a contestação às injustiças do mundo torna-se latente e o hedonismo encontra campo fértil para inserir-se no dia-a-dia destes seres humanos em desenvolvimento. Na Constituição Federal, encontramos a proteção jurídica do adolescente especialmente no artigo 227, o qual está inserido no Título VIII (Da ordem social), Capítulo VII (Da família, da criança, do adolescente e do idoso). O objetivo central deste artigo é analisar se uma pessoa pode requerer judicialmente a determinado provedor de pesquisa da internet a retirada de conteúdos desabonadores, os quais foram postados enquanto adolescente, por si ou por outrem, dos seus resultados de busca nominal em servidores de pesquisa. A notícia falsa ou mesma verdadeira relacionada a um adolescente, que comprometa a percepção e julgamento sobre o seu caráter, bem como a postagem de imagens constrangedoras que possam prejudicar sua vida em sociedade e, sobretudo, sua inclusão no mercado de trabalho merece ser perpetuadas por toda a sua vida? Dificilmente um empregador, nos dias atuais, deixará de pesquisar no site de buscas o nome de um pretendo candidato ao emprego, com vistas a avaliar sua personalidade, gostos, preferências e conduta. Nesses casos, diante do posicionamento do Supremo Tribunal Federal que entendeu não existir o Direito ao Esquecimento<sup>441</sup> no direito brasileiro, salvo excepcionais situações, como ficaria o direito fundamental da dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento do amadurecer com segurança? A permanência de determinados conteúdos no mundo digital teria interesse público, de sorte a impor a manutenção da historicidade de acontecimentos, ou poderia ser considerado desatualizado e irrelevante, apenas prejudicando a reabilitação de uma pessoa, em razão de atos perpetrados enquanto muito jovem? O tema é transdisciplinar e será enfrentado sob o enfoque dos Direitos Humanos, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Digital, Direito Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente e, evidentemente, do Direito do Trabalho, entre outros ramos jurídicos correlatos. O assunto, objeto do presente artigo, é extremamente relevante e atual, ainda mais após

441 Por uma questão de estilo, adotamos a expressão "Direito ao Esquecimento" em vez de "direito ao esquecimento", com o objetivo de destacar o instituto, como elemento autônomo no Direito.

a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Importante destacar que, com a Emenda Constitucional nº.115/22, a proteção de dados pessoais foi alçada a Direito Fundamental, tornando-se cláusula pétrea. Para cumprir o nosso desiderato, o tema será tratado inicialmente sob um olhar dos Direitos Humanos Fundamentais e a proteção jurídica voltada à adolescência. Após, faremos a análise do Direito ao Esquecimento na sociedade da informação em cotejo com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. O assunto será, em seguida, visto à luz do critério de ponderação de direitos e princípios fundamentais em rota de colisão, pautando-se, sobretudo, pela proporcionalidade e razoabilidade de ganhos e perdas, qual deve prevalecer e, por fim, trazemos nossas considerações conclusivas. O estudo ampara-se em parâmetros legais, nacional e estrangeiro, revisão doutrinária e jurisprudencial acerca da matéria. Muito nos honra participar desta obra coletiva, comemorativa dos 35 anos da Constituição Federal, deixando uma reflexão, envolvendo os adolescentes, diante dos desafios da era digital e a empregabilidade.

## 1. PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DO TRABALHADOR SOB À ÓTICA DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A análise de diplomas internacionais, mesmo que não seja cogente à aplicabilidade em nosso país, serve de norte e de inspiração universal para a proteção do ser humano. Na seara trabalhista, o próprio Diploma Consolidado (art. 8º) enaltece a visão do direito estrangeiro na busca por uma melhor interpretação da lei, quando assim for necessário. A doutrina dos Direitos Humanos, na visão do ilustre jurista Manoel Gonçalves Ferreira Filho, não surge no século XVIII (visão clássica), pois, no fundo, trata de uma versão da doutrina do direito natural que despontou já na Antiguidade.<sup>442</sup>

Dentre os instrumentos internacionais pertinentes ao tema proposto, podemos destacar, de forma exemplificativa, a: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789); Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948); Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950); Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966); Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (1969).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi constituída em 28 de junho de 1919, constando na Parte XIII do Tratado de Versalhes, introduzindo a universalização do Direito do Trabalho. O referido organismo internacional é de suprema relevância para trazer normas e orientações relacionadas à dignificação do trabalho humano. As suas diretrizes passam a ser cogentes, em relação aos Estados signatários, ao ratificarem determinada Convenção.

Em 18 de junho de 1998, a Organização Internacional do Trabalho reconheceu oito Convenções como necessárias à efetivação dos princípios e dos direitos fundamentais do trabalhador. Em relação ao tema ora debatido, merece destaque a Convenção nº. 111 da OIT que será tratada em outro tópico.

No art. 5º. da Constituição Federal temos elencados os direitos fundamentais que não são taxativos, em razão do disposto em seu parágrafo único, pois nele consta que os tratados (convenções e pactos) internacionais<sup>443</sup>, dos quais o Brasil seja signatário, passam a integrar o rol desses direitos. Ingo Sarlet, fazendo alusão ao jurista lusitano Vieira de Andrade, menciona que os direitos fundamentais podem ser analisados por diversas perspectivas: a) filosófica (ou jusnaturalista) que trata do estudo como um direito de todos os homens, em todos os tempos e lugares; 2) universalista (ou internacionalista), como sendo um direito de todos os homens, em todos os lugares, em um certo tempo e 3) estatal (ou constitucional), na qual os direitos fundamentais são analisados na qualidade de direito do homem, num determinado tempo e lugar.<sup>444</sup>

442 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 27.

443 A Emenda Constitucional nº 45 de dezembro de 2004 acrescentou um 3º parágrafo ao artigo 5º determinando que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes à emenda constitucional. Em dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343- SP, em dezembro de 2008, entendeu que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam hierarquia de norma supralegal, isto é, estão acima da legislação ordinária, mas abaixo da Constituição. Tal posicionamento admite a hipótese de tais tratados adquirirem hierarquia constitucional, desde que observado o procedimento previsto no parágrafo 3º, artigo 5º da Carta Magna, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004. A partir desse novo entendimento do Supremo, sendo aprovado um tratado internacional de direitos humanos, o tratado passa a ter hierarquia superior à lei ordinária (supralegal ou constitucional), ocorrendo a revogação das normas contrárias por antinomia das leis. (NÚNES NOVO, Benigno. **O Brasil e os Tratados Internacionais**. Disponível em: <https://meuartigo.brasilescola.uol.com.br/brasil/o-brasil-os-tratados-internacionais.htm>. Acesso em: 28 jul. 2023).

444 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 76.



Há quem trace a distinção entre direitos fundamentais materiais e direitos fundamentais formais, a exemplo de Jorge Miranda.<sup>445</sup>

No mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao trazer as palavras de Robert Alexy, destaca que os direitos humanos fundamentais materiais devem manifestar cinco traços, ao menos: 1) ser vinculado diretamente à dignidade da pessoa humana; 2) portanto, concernir a todos os seres humanos; 3) ter valor moral; 4) ser suscetível de promoção ou garantia pelo direito; e 5) pesar de modo capital para a vida de cada um. Cita como exemplo o direito à vida (art. 5º, *caput*). Acrescenta o autor que o direito fundamental formal não se liga à dignidade da pessoa humana, mencionando o exemplo do direito a certidões (art. 5º, XXXIV da C.F.).<sup>446</sup>

## 2. PROTEÇÃO JURÍDICA DO ADOLESCENTE E HIPEREXPOSIÇÃO AO MUNDO VIRTUAL

No direito brasileiro, visa-se a proteção integral da criança e do adolescente. Conforme previsto no art. 227 da C.F. e art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990), constitui dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, dentre outros, o direito à profissionalização e à dignidade, colocando-os a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 2º, considera-se criança a pessoa com até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Embora nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente o Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. Para efeitos civis, os menores de dezesseis anos devem ser representados pelos seus responsáveis legais, pois são considerados absolutamente incapazes e, entre os dezesseis e os dezoito anos, devem ser assistidos, por serem relativamente incapazes. Na seara penal, o menor de dezoito anos é inimputável (art. 228 do C.P.). Na perspectiva trabalhista é possível o ingresso do adolescente no mercado de trabalho a partir dos dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, cuja autorização é a partir dos quatorze anos (art. 7º, XXXIII da C.F.).

Para o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, o ECA, em seu artigo 3º, assegura-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

Destaca-se que o ECA deve ser interpretado à luz dos fins sociais aos quais se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento. Acima de tudo, merece destaque que a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos humanos e sociais garantidos na Constituição Federal. No art. 17 do ECA, assegura-se as crianças e aos adolescentes a preservação da imagem, atributo da personalidade tão relevante, a qual, se violada, pode gerar efeitos danosos e estigmas aptos a perdurar por toda uma vida. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis infraconstitucionais. O direito à liberdade compreende, sem dúvida, o aspecto de poder expressar sua opinião (arts. 15 e 16, III do ECA). O art. 247 do ECA proíbe a divulgação, total ou parcial, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional.

Os adolescentes têm direito a informação, cultura, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços, que possam ser ofertados via internet, mas desde que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 71 do ECA).

A internet quebrou barreiras, não existindo mais fronteiras no tempo e no espaço para interligar as pessoas. Trouxe muitos benefícios, constituindo-se em um fator de desenvolvimento socioeconômico e geopolítico.

A tecnologia da informação e de comunicação (TIC) passou a estar no cotidiano dos adolescentes, que passam boa parte ou a maior parte de seu tempo útil *on line*. A hiperexposição ao meio digital tornou-se disruptiva, pois canalizou o interesse dos adolescentes para o virtual em detrimento do mundo real. Pesquisas recentes, realizada pela TIC Kids Online Brasil, divulgada pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br), ligado ao Comitê Gestor da Internet no Brasil,

445 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais, 4ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 9.

446 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 123-124.

mostrou que, nos últimos anos, a proporção de usuários de Internet de 9 a 17 anos passou de 79%, em 2015, para 89%, em 2019. Dos dados obtidos constata-se que o uso da rede foi ainda maior em 2020: 94% dos indivíduos de 10 a 17 anos eram usuários de Internet no Brasil<sup>447</sup>. Segundo a pesquisa TIC Kids Online Brasil, a atividade mais realizada pelos jovens na internet é ouvir música (87%); seguida por assistir vídeos, filmes ou séries (82%); pesquisa para trabalhos escolares (80%); envio de mensagens instantâneas (79%); pesquisa por iniciativa própria (65%); conversas por chamadas de vídeo (32%). O Whatsapp é a rede social mais usada pela faixa entre 9 e 17 anos de idade, sendo acessada por 78% desses jovens, em seguida vem o Instagram (64%), o Tik Tok (60%) e o Facebook (47%). O Tik Tok é a rede favorita para as crianças de 9 e 10 anos, utilizada por 35%. Entre os adolescentes de 15 a 17 anos, o Instagram é o mais popular (51%), mas mesmo entre essa faixa, o Tik Tok é a mais popular para 32%.<sup>448</sup>

Sobre o tema, destaca-se: *“o mundo virtual advindo da conexão dos computadores – a internet – não possui limites, ou seja, não existem regras e restrições impostas ao uso da internet para os nossos adolescentes, e limites, fazem parte de uma boa educação. Em fase de transição da vida infantil para vida adulta, os adolescentes encontram-se em desenvolvimento, não tendo plena capacidade de perceber os riscos a que são expostos como: cyberbullying (A palavra bullying tem origem na língua inglesa e faz referência a bully, que entendemos como “valentão”, aquele que maltrata ou violenta de forma constante outras pessoas por motivos supérfluos. É justamente esse ato de maltratar ou violentar o outro de forma sistemática e repetitiva que é denominado bullying. Falamos de cyberbullying, então, quando a agressão se passa pelos meios de comunicação virtual, como nas redes sociais, telefones e nas demais mídias virtuais.), chantagens on-line, conteúdos agressivos e considerados impróprios para sua idade, vítimas de adultos mal-intencionados, pedofilia, etc., portanto, ainda indefesos à este tipo de criminalidade que se beneficia no ciberespaço, utilizando da vulnerabilidade dos adolescentes e crianças”*.<sup>449</sup>

A preocupação pauta-se, sobretudo, na hiperexposição ao meio virtual, que retira tempo e priva o adolescente de relacionamentos interpessoais (reais), convívio familiar, estudo, esporte, lazer, expondo-o a riscos de chantagens e golpes on-line, cyberbullying, pedofilia, sexting, bem como pode, futuramente, em razão de algum conteúdo maléfico a si relacionado, prejudicá-lo na busca pelo pleno emprego. Ainda o perfil pode ser hackeado e criado um perfil falso, usando a fotografia e os dados pessoais do adolescente, como tem ocorrido muito atualmente. Muitos adolescentes, em redes sociais, buscam uma autoafirmação mediante likes e seguidores, mitigando a sua privacidade. A exposição de imagens de crianças, em redes sociais, praticadas pelos próprios pais e que são passíveis de gerar contrangimentos e situações vexatórias denomina-se *sharenting*. O *sharenting* é o termo em inglês que advém da junção dos termos inglês *share* (compartilhar) e *parenting* (paternidade). Sim, muitas vezes os próprios responsáveis legais querem monetizar a exposição dos filhos em plataformas digitais, mormente quando autorizam que sejam *influencers mirins* digitais. Deve-se ter critérios de segurança e privacidade para se compartilhar conteúdo envolvendo crianças e adolescentes, pois pode ser distorcido ou adulterado.

Cada vez mais é necessário que o Estado<sup>450</sup> imponha um regramento ostensivo em relação aos provedores de serviços digitais utilizados por crianças e por adolescentes, para filtrar conteúdo inapropriado. O adolescente, por estar em formação cognitivo e psicossocial, ainda não tem consciências dos riscos a que está submetido no ambiente virtual. Torna-se imperioso empenhar esforços para disseminar uma cultura educacional voltada ao mundo virtual, na qual a família, a escola, a sociedade e o Estado<sup>451</sup> devem cooperar, evitando, futuramente, passagens vexatórias e constrangedoras do indivíduo, em sua fase adulta. Diante da

447 A pesquisa TIC Kids Online Brasil tem como objetivo gerar evidências sobre oportunidades e riscos associados ao uso da Internet por indivíduos de 9 a 17 anos.

448 *Ibidem*.

449 SOUZA, Dercia Antunes; OLIVEIRA, Joyce Alessandra de. **Uso de tecnologias digitais por crianças e adolescentes: potenciais ameaças em seus inter-relacionamentos**. Disponível em: <https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos16/952473.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2022.

11 Esta é uma prática que tem acontecido reiteradamente e, por todos os danos causados à vida das vítimas, tem preocupado a comunidade. Visto que a intimidade das pessoas tem sido alvo da curiosidade alheia e de atitudes levianas por parte daqueles que sequer refletem as próprias atitudes e o que advém delas. Trata-se, pois, da exposição e divulgação, de fotos e vídeos íntimos de terceiros, via internet, por celulares ou computadores. A palavra “sexting” é resultado da combinação de “sex” (sexo) com “texting” (envio de mensagens). Ou seja, trata-se do ato de divulgar, originariamente ou repassar, mensagens com fotos ou vídeos com teor sexual, sem a permissão do interessado. Ganhou o apelido de “pornografia de revanche”, posto que muitos dos casos conhecidos tenham como autor o ex-marido ou ex-namorado, imbuído de um sentimento de vingança pelo fim do relacionamento. Os danos decorrentes dessa vingança são imensuráveis, tamanha a repercussão e a rápida divulgação com que esse material chega às vistas de todo o mundo. Art. 154-A do Código Penal. (AMARAL, Anderson Couto de. **A ação de indenização à imagem em redes sociais e a violação dos direitos fundamentais**. Disponível em: <https://andersoncamaral.jusbrasil.com.br/artigos/381890368/a-acao-de-indenizacao-por-exposicao-a-imagem-em-redes-sociais-e-a-violacao-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 01 nov. 2022).

450 O Código de Defesa do Consumidor define como abusiva a publicidade que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança” – § 2º do art. 37 do CDC.

451 Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

realidade de que as tecnologias digitais possuem aspectos positivos e negativos, deve se ter, cada vez mais, uma cultura educacional sobre o seu alcance.

### 3. DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DIGITAL: CONCEITO E BREVE RETROSPECTO HISTÓRICO

O Direito ao Esquecimento consiste na possibilidade de uma pessoa retirar do alcance público determinados fatos de sua vida, ocorridos no passado, que não são mais relevantes ou que lhe trazem imenso constrangimento, dificultando-lhe sua aceitação social. O Direito ao Esquecimento, em que pese estar mais relacionado à pessoa física, também pode ser usado pela pessoa jurídica, no fito de resguardar a sua honra objetiva. O Direito ao Esquecimento não diz respeito apenas à ressocialização, não obstante, na esfera penal ser muito utilizado. O instituto pode ser usado, em âmbito judicial, visando que determinados fatos, por se tornarem irrelevantes, desatualizados ou mesmo equivocados, entre outras situações, devem ser retirados de provedores de buscas ou da internet. O Direito ao Esquecimento consiste em não ser lembrado de fatos, contra a própria vontade da pessoa. O Direito ao Esquecimento, em que pese reconhecido pela doutrina e jurisprudência, não é objeto de normatização específica.

Ao se invocar o Direito ao Esquecimento pode-se deparar com conflitos entre direitos fundamentais e da personalidade *v.g.*, intimidade, privacidade, honra, dignidade, livre desenvolvimento da personalidade, liberdade de informação e de expressão.

Paula Jaeger destaca que o Direito ao Esquecimento tem origem antiga, ao se referir aos escritos de Samuel Warren e Louis Brandeis em um artigo, de 1890, cujos autores utilizam a expressão *right to be let alone* (direito de ser deixado sozinho), relacionando-o ao direito da personalidade, mais precisamente ao da privacidade.<sup>452</sup>

Em termos de relatos históricos, um dos primeiros casos que teve notoriedade ocorreu nos Estados Unidos, em 1918. O caso diz respeito a uma mulher, Gabrielle Darley, a qual era envolvida com prostituição e tinha sido acusada de homicídio, mas foi inocentada de tal crime, judicialmente. Por tal motivo, ela buscou a justiça visando ser reparada pelos danos que aconteceram em razão da exposição indevida de sua vida privada, obtendo êxito, pois o tribunal entendeu que ela tinha o direito de ser esquecida por fatos de sua vida passada. Outra decisão relevante, trata-se do caso *Lebach*, em 1969, na Alemanha. Nesse episódio, um dos acusados pelo assassinato dos soldados da cidade de Lebach soube que um filme, narrando a história do ocorrido, seria exibido em um canal da televisão, pouco tempo antes de ele sair da prisão. A exibição do filme prejudicaria a ressocialização e, por isso, o tribunal alemão acatou o pedido do acusado e proibiu a exibição da obra com os verdadeiros nomes e demais informações pessoais do autor da ação.<sup>453</sup>

O transcurso de considerável lapso de tempo é essencial para a aplicação da teoria do Direito ao Esquecimento. Ainda, o Direito ao Esquecimento consiste em uma das facetas da proteção da privacidade e da intimidade, de sorte a poder desvincular o nome e a imagem de uma pessoa a situações desabonadoras, diante do peso social negativo que estas trazem. O Direito ao Esquecimento, portanto, consiste em assegurar a uma pessoa que determinada notícia, mesmo que verdadeira, exposta ao público em geral, perpetue-se, causando-lhe constrangimento, transtornos, sofrimento e estigma.

A partir da década de 90, houve um crescimento exponencial da tecnologia. Diferentemente do ser humano que, com o passar do tempo, em regra, os momentos e experiências vividos, em suas lembranças vão esmaecendo, tornando-se, paulatinamente, rarefeitos, o mesmo não ocorre com a máquina, que tem grande capacidade de armazenamento de memória. Uma vez postada uma imagem e feito comentários, fica na rede, por mais de se apague o post, a plataforma já está apta a armazenar os dados. Assim, um conteúdo lançado na internet pode, rapidamente, se disseminar, dificultando a problemática voltada ao Direito ao Esquecimento. A mente humana esquece, a internet, não!

### 4. SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO E O MERCADO DE TRABALHO: PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS

O Direito ao Esquecimento está muito correlacionado à proteção da integridade moral na qual ficam assegurados, dentre outros, o direito à imagem, à intimidade, à privacidade, ao segredo, à honra, à boa fama, às liberdades civil, política e religiosa.

452 SILVA, Paula Jaeger. Direito ao esquecimento: Aumento da problemática com o advento da internet. *Revista Jurídica*, v. 67, 2018, p. 51-76.

453 *Ibidem*, p. 51-76.

Para manterem-se competitivas no mercado econômico, cada vez mais as empresas têm investido no aprimoramento de tecnologias da informação, de sorte que os dados pessoais passam a ser uma *commodity* com relevante valor econômico no mercado (*data driven economy*). Na era da sociedade da informação, a coleta, o armazenamento e o tratamento de dados foi alçado à categoria de direito fundamental e, também, de bem economicamente mensurável. Vive-se de um modo no qual a tecnologia contribui para que a informação pessoal extrapole a própria pessoa.<sup>454</sup>

A proteção de dados passou a ter um grande realce no direito brasileiro contemporâneo, não obstante, nos Estados Unidos e na Europa, o tema já vem sendo tratado há décadas. Destaca-se a Recomendação do Conselho da Europa, publicada em 1989; e, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho – OIT, o Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores, publicado em 1996. Podemos citar, ainda, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (*General Data Protection Regulation – GDPR*) da União Europeia, que passou a vigorar em maio de 2018.

O Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores, elaborado pela OIT, visou, dentre outras situações, proteger o candidato a emprego. Os dados pessoais, sobretudo os sensíveis, não podem ser usados de modo ilícito e abusivo, de forma a discriminar o trabalhador, devendo limitar-se à obtenção de dados imprescindíveis à vaga de emprego. Os empregadores não poderão colher dados pessoais relacionados a convicções políticas, religiosas, opção sexual e de antecedentes criminais, salvo em casos excepcionais, quando guardam direta relação com a vaga de emprego. A proteção de dados pessoais, com a Emenda Constitucional nº 115/22, tornou-se direito fundamental, alçando-se à condição de cláusula pétrea.

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº. 13.709/2018), sensível às peculiaridades que envolvem o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes, estabeleceu no art. 14 e em seus parágrafos, que somente pode ser realizado com o consentimento específico por, pelo menos, um dos pais ou pelo responsável legal e visando o resguardo dos seus interesses. Determina a lei que as informações sobre o tratamento de dados deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança.

Em tempos de severa crise econômica e social, acirra-se o desemprego estrutural, sendo que a vaga a um posto de trabalho é ponto de disputa extrema entre os candidatos. Sem dúvida, o emprego, em seu sentido técnico, está em crise. O desemprego estrutural gera uma enorme gama de novas violações aos direitos fundamentais dos trabalhadores, as quais se dão, sobretudo, sob a forma de discriminação impeditiva ao acesso ao mercado de trabalho.<sup>455</sup> As ferramentas de pesquisa de conteúdo, a exemplo do Google e o Yahoo, localizam as páginas da internet que contenham os termos solicitados, depois de informados os parâmetros de busca desejados pelo usuário. Estas ferramentas são extremamente importantes na atualidade, mas, muitas vezes, podem trazer informações que não tenham conteúdo histórico ou social relevante, contudo podem gerar discriminação no mundo laboral.

Para ser oportunizada a paridade de armas e preservar a dignidade entre os candidatos, tem-se que o motivo da seleção deve centrar-se na capacidade profissional técnica (*hard skills*) e emocional/comportamental (*soft skills*) destes, aferindo as suas reais competências, desprezando-se qualquer fator que possa ser objeto de discriminação e que não tenha correlação com a vaga pretendida.

## 5. A ERA DIGITAL E A EXPOSIÇÃO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS

A lei nº. 12.965, de 23 de abril de 2014, intitulada como Marco Civil da Internet, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, ou seja, constitui uma espécie de “manual de boas práticas digitais”. A sociedade contemporânea está imersa no mundo virtual. A internet viabilizou a comunicação e a transmissão de dados em escala mundial de rede, passíveis de serem acessados, em tempo real, de qualquer lugar do planeta, por um terminal de computador ou qualquer dispositivo a ela conectado. O acesso fácil e ultrarrápido (maximizado ainda com o sistema 5G) trouxe a necessidade de regulamentar o ambiente virtual de forma a proteger os usuários. Tecnicamente, a lei citada, em seu art. 5º, define internet como sendo “o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais

454 DRESCH, Rafael de Freitas Valle; Stein, Lílian Brandt. Direito fundamental à proteção de dados e responsabilidade civil. *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 3, 2021, p. 12.

455 GEDIEL, José Antônio Peres. *A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador*. 3º. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 163-164.



por meio de diferentes redes”. Ainda, a referida lei estabelece que um dos objetivos do uso da internet no Brasil, em seu art. 4º, é o acesso a todas as informações, ao conhecimento, a participação na vida cultural e nos assuntos públicos, bem como a promoção à inovação e à ampla difusão de novas tecnologias.

O artigo 11 da Lei nº 12.965/2014 determina a aplicação da legislação brasileira a operações de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de dados por provedores de aplicações, bastando que um desses atos ocorra em território nacional. Mesmo o armazenamento em nuvem, utilizado por diversas empresas nacionais e estrangeiras, possibilita guardar os dados em qualquer lugar do mundo, mas tais dados, se requisitados por autoridades judiciais brasileiras, quando envolvam a prática de crime em território nacional, devem ser fornecidos.<sup>456</sup> O mecanismo adotado pelo Marco Civil da Internet consagra a responsabilidade do provedor de aplicações pela remoção de conteúdo gerado por terceiros, como subjetiva e solidária (arts. 19 e 21). O provedor apenas responde se, uma vez notificado judicialmente, deixar de excluir o conteúdo ofensivo do sítio eletrônico. Apesar de os dispositivos serem aplicados a todos os provedores, inclusive o de busca, a jurisprudência não tem seguido a mesma direção. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que os provedores de busca não têm o dever jurídico de retirada de conteúdo, salvo em hipóteses excepcionais (casos bem restritos de direito ao esquecimento ou de vinculação de conteúdo muito nocivo).<sup>457</sup>

Por sua vez, a Lei Geral de Proteção dos Dados dispõe sobre o tratamento de dados pessoais e dados pessoais sensíveis, inclusive nos meios digitais, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais da liberdade e da privacidade, bem como o livre desenvolvimento da personalidade, dignidade e o exercício da cidadania das pessoas naturais (art. 2º). Vivemos na sociedade do espetáculo, na qual as pessoas postam, nas redes sociais, suas imagens e, além disso, disponibilizam informações e opiniões sobre diversos assuntos. Assim, dados são facilmente fornecidos e captados livremente pelo público em geral. As informações disponibilizadas são armazenadas por um tempo indefinido. Por vezes, mesmo sem ter a intenção, estamos publicizando dados pessoais sensíveis, ou seja, os correlacionados à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação sindical ou a organização de caráter religiosa, referente à saúde ou à vida sexual e dado genético (art. 5º).

Indubitavelmente a internet representa, hoje, um importante veículo de comunicação social de massa. Os usuários da internet são contemplados, como já referido, com múltiplas benesses, dentre as quais podemos destacar o acesso à informação, ao ensino e ao conhecimento. Da mesma forma, na internet encontra-se a possibilidade de acompanhar a inovação e o fomento de novas tecnologias, o acesso a vários modelos de negócios disponíveis em múltiplas plataformas, como aprender a empreender de forma digital etc. Contudo, a exposição midiática de fatos pessoais, em alguns casos, pode ser muito perversa e danosa. O ambiente virtual traz inúmeros benefícios, todavia pode também ocasionar malefícios, na medida em que é passível das mais variadas fraudes, do uso indevido de dados e da divulgação de notícias falsas, entre outras tantas situações.

Deve-se atentar para o fato de que o acesso aos dados de indivíduos (enquanto criança ou adolescente) em determinada plataforma digital, esta, na condição de controladora responsável pelo armazenamento e tratamento de dados pessoais, deve redobrar sua atenção, diante do disposto no art. 42 da LGPD, pois, na hipótese de causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

Sobre o tema, destacamos as lúcidas palavras de Benjamin Lovelock: *“(...) Um conceito em particular, ou seja, a ideia de “livre-circulação da informação” (free flow of information), serve de linha diretriz ou, de preferência, de linha de fuga. Qual será o sentido do grito de guerra dos hackers: “A informação pretende ser livre”? E o que estará subjacente à “missão declarada do Google que consiste em “organizar as informações na escala planetária como objetivo de torná-las acessíveis e úteis a todos”? Quais serão as virtudes dos “vazamentos” de informação de acordo com os adeptos do peer-to-peer e de WikiLeaks? Por que motivo algumas comunidades de desenvolvimento de softwares reivindicam o “mundo do software livre”? A internet seria dotada de potencialidades políticas intrínsecas que esboçam uma verdadeira axiologia da informação. Trata-se, assim, de analisar a questão da liberdade na internet a partir do interior da própria rede, enquanto condição prévia para compreender os usos mais explicitamente políticos a que ela pode dar azo; principalmente como instrumento de mobilização e coordenação no âmbito de uma campanha eleitoral, de uma causa de natureza social e política, inclusive, de uma revolta ou de uma revolução. Ora, a internet é, em grande parte, o resultado dessa reviravolta teórica, não só em sua concepção técnica, mas também no*

456 RMS 66.392 – STJ 08.10.2022.

457 TREPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade Civil**. v. 4, 3.ed. São Paulo: Forense, 2022, p. 286.



“discurso informacional” que acompanha as redes de computadores e de telecomunicação, tendo encontrado a sua fórmula mais pregnante na expressão de “sociedade da informação”, a partir da década de 1970”.<sup>458</sup>

A internet tem, portanto, um super poder, podendo ser usada para o bem ou para o mal!

## 6. A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE VALORES COMO MECANISMO DE PRIORIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ROTA DE COLISÃO NO MUNDO VIRTUAL

A Constituição Federal, ao mesmo tempo em que ampara, como direito fundamental, a liberdade de expressão, de comunicação, de manifestação e de pensamento (art. 5º. *caput* e incisos IV, VI e IX), também protege o direito à intimidade e à privacidade do indivíduo (art. 5º, X e art. 21).

Tais direitos fundamentais, por vezes, podem entrar em rota de colisão. Poderemos nos deparar com uma circunstância em que se deva ponderar qual o valor mais relevante, um fato deve ser esquecido por estar na esfera privada ou merece repercussão pública, por estar diante do direito à liberdade de expressão e do direito à informação previstos no art. 220, § 1º da Carta Magna.

O Direito ao Esquecimento está muito correlacionado à proteção da integridade moral na qual ficam assegurados, dentre outros, o direito à imagem, à intimidade, à privacidade, ao segredo, à honra, à boa fama, à proteção de dados pessoais e, sobretudo, à dignidade humana.

Segundo o Enunciado nº. 531 da VI Jornada de Direito Civil: “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Em uma primeira análise poderíamos dizer que, se o Direito ao Esquecimento está diretamente correlacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 3º, III, da C.F), tal direito deveria se sobressair sobre os demais. A raiz etimológica da palavra “dignidade” provém do latim *dignus* que significa aquele que é importante, que merece estima e honra. Ao tratar da dignidade da pessoa humana, trazemos as precisas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet: “(...) na condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (*höchsteswertsetzendes Verfassungsprinzip*)”.<sup>459</sup>

Na técnica da ponderação de valores, temos que adotar, na visão da proporcionalidade e da razoabilidade, o bem maior a ser protegido.

A autora Têmis Limberger ressalta que “as máximas de adequação, necessidades e proporcionalidade devem ser respeitadas nos caso de restrição de direitos fundamentais, incumbindo a tarefa de estabelecer a preponderância do direito incumbido ao Poder Judiciário, uma vez que o Poder Legislativo enuncia valores pluralistas na Constituição”.<sup>460</sup>

Em complementaridade à matéria em epígrafe, destacamos as precisas palavras do jurista Zanini: “A solução para a colisão de direitos da personalidade deve ter em conta as circunstâncias do caso, estabelecendo-se uma relação de precedência, a qual indica qual o direito da personalidade deve prevalecer. E ao lado de Alexy, Karl Larenz também pode ser citado entre os autores que veem na ponderação de bens a solução para os casos de colisão, sendo certo que Larenz chega inclusive a defender a ponderação para as colisões entre o direito geral da personalidade de uma pessoa com esse mesmo direito de outra pessoa ou comum direito fundamental. Aliás, esse posicionamento é igualmente reconhecido pelo Enunciado 247, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que estabelece que a técnica da ponderação deve ser aplicada em caso de colisão entre direitos da personalidade. (...)” “Os direitos de personalidade estão sujeitos a limites. São, como todos os direitos, direitos limitados (até o direito à vida). Se colidirem com outros direitos, há que se verificar o que prevalece à luz das circunstâncias do caso concreto. E bem pode acontecer que essas circunstâncias induzam a que o direito de personalidade, não obstante a sua tendencial superioridade, deva em concreto ceder. Só em concreto se pode pois aniquilar medida em que a personalidade é atingida e possibilidade de conciliação como outros direitos”.<sup>461</sup>

458 LOVELUCK, Benjamin. **Redes, liberdades e controle**: uma genealogia política da internet. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2018, p. 13-16.

459 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 71-72.

460 LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informação: a necessidade de proteção de dados pessoais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 129.

461 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 257.

Vale dizer, compartilhamos do mesmo posicionamento, de que, à luz do caso concreto, deve ser feita a comparação de bens e valores jurídicos tutelados. A personalidade humana reveste-se de caráter dinâmico e multifacetado, mas também individualizado, quando há necessidade resolver o conflito de direitos fundamentais, não se pode restringir o problema em uma singela análise de comparação de bens e valores, sem aprofundar a análise da situação concreta.<sup>462</sup> É com certa frequência que direitos considerados fundamentais entram em concorrência com outros direitos também fundamentais, impondo a opção. Um direito será afirmado e, o outro negado, com suporte em boas razões e prioridades.

Apenas para exemplificar, citam-se duas situações hipotéticas. Uma, na qual é criado um perfil falso de determinada pessoa em redes sociais, como o facebook ou o Instagram, e neste ambiente virtual são postadas fotos de nudez ou quaisquer outras informações ou imagens que possam expô-la a situações vexatórias e humilhantes. Outra possibilidade é a da divulgação de determinada notícia falsa, tipificada como crime, também por aplicativos que recaem nos provedores, como, suponhamos, a de que determinada pessoa apropriou-se indevidamente de quantia alheia ou foi alvo de propina. Evidentemente, as situações hipotéticas apresentadas trarão repercussões nefastas na vida da pessoa alvo das divulgações, mormente tratando-se de um adolescente. Os malefícios causados poderão perpetuar-se ao longo de sua vida, caso não venham a ser "apagados/cancelados" do mundo virtual, praticamente causando-lhe uma "pena perpétua".

Os provedores de pesquisa não estão obrigados a checar os fatos divulgados, publicados, ou seja, se tratam de fatos e de notícias verdadeiras ou *fake news*. Para tanto, existe a automação, através do uso de robôs que disparam conteúdos falsos, facilmente replicáveis por qualquer pessoa. Dentro do universo virtual (rede mundial de computadores), o acesso a determinado dado ou informação é público e irrestrito, ainda que ilícito. Em princípio, há necessidade prévia de ordem judicial para responsabilizar civilmente um provedor de busca, caso não retire determinada publicação, conforme estabelece o art. 19, §1º, da Lei nº. 12.965/2014.

Nosso olhar volta-se sobre os modos de se evitar a discriminação, quando da seleção à vaga de emprego, em razão da possibilidade de obtenção, através da internet, de dados pessoais sensíveis, divulgados sobre uma pessoa ou por ela própria, enquanto estava na fase da adolescência.

Em relação à discriminação, importante tese que merece consideração é a constante na Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho - OIT<sup>463</sup>, aprovada na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1958), entrando em vigor, no plano internacional, em 15.06.60. No Brasil foi ratificada em 1965 e promulgada pelo Decreto nº 62.150/68. Sinala-se que o Decreto nº 10.088/19 consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pela República Federativa do Brasil.

Em âmbito internacional, destaca-se que os países-membros da Organização dos Estados Americanos assinaram a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José da Costa Rica, cujo tratado se tornou um dos pilares fundamentais de proteção dos direitos humanos. No Brasil, o documento passou a vigorar com a promulgação do Decreto nº 678 de 25 de setembro de 1992. Em seu art. 13<sup>464</sup>, temos à proteção à liberdade de pensamento e de expressão, a qual compreende a possibilidade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda a natureza, sem consideração de fronteiras. Ainda, no referido artigo faz a menção de que a liberdade de pensamento e de expressão não pode estar sujeita a censura prévia, mas as responsabilidades ulteriores, que devem ser

---

462 *Ibidem*.

a) 463 Para a Convenção 111 da OIT constitui discriminação: 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; 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. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

464 Artigo 13. Liberdade de Pensamento e de Expressão. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

expressamente fixadas em lei para assegurar o respeito à reputação das demais. Ainda, a lei deve proibir toda apologia que possa constituir incitação à discriminação.

No que tange à liberdade de pensamento e de expressão, bem como o acesso à informação, a Constituição Federal confere proteção no art. 5º, IV, V, VI, IX e XIV, e no art. 220.

Merece destaque, em nossa Constituição Federal, o art. 5º, *XLI, in verbis: - a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais*”.

Ainda, em nível constitucional, visando coibir qualquer forma de discriminação, podemos citar o art. 3º, IV, art. 5º, *caput*. Na seara trabalhistas, temos, como amparo legal, tanto na Constituição, como em normas infraconstitucionais, a saber: art. 7º, XXX, XXXI, XXXII da C.F., na Consolidação das Leis do Trabalho, temos art. 5º, art. 373-A, 461 e nas Leis nº 7.716/89 e nº 9.029/95.

## 7. A VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO

A matéria envolvendo o Direito ao Esquecimento, quando apreciada pelo Poder Judiciário, pautava-se na observância de alguns critérios, a saber: (a) **necessidade de lapso temporal longo desde os acontecimentos noticiados;** (b) **ofensa desproporcional a direitos fundamentais ou da personalidade;** (c) **preservação da intimidade e da privacidade;** (d) **preponderância do interesse público - informação de caráter público e coletivo.**

Em 11 de fevereiro de 2021, o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou e julgou ação movida por Aida Curi em face à emissora de Televisão Rede Globo. Na ação foi discutido se poderia ser usado o Direito ao Esquecimento, em relação ao programa “Linha Direta”, transmitido pela Rede Globo, o qual abordou a história do crime sexual seguido de morte, divulgando fotos do evento e o nome da vítima. Os familiares da vítima, por se sentirem lesados com a veiculação do programa, que os fizeram reviver todos os fatos tristes ocorridos, ingressaram com ação reivindicando indenização por danos materiais, morais relacionados à imagem. Ao analisar o caso, o Supremo Tribunal Federal referenda a decisão já proferida no julgamento do Pleno, em 01.04.09, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 130-7), que proibiu a censura de publicações jornalísticas, bem como tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões, privilegiando a liberdade de expressão. Foi ressaltado no julgamento que, se houver um uso abusivo e demasiado da liberdade de expressão, tal excesso deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização. No mais, a liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício dos demais direitos e liberdades.

Com efeito, a Corte Suprema brasileira, por maioria votos, ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) 1010606, com repercussão geral reconhecida (**Tema 786**), concluiu ser incompatível com a Constituição Federal a ideia de um Direito ao Esquecimento que possibilite impedir, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos em meios de comunicação. Foi destacado o direito à memória coletiva, preservando a solidariedade entre gerações. Para a Corte, eventuais excessos e atos abusivos devem ser apreciados, isoladamente, caso a caso, à luz dos mecanismos da ponderação, de maneira a sopesar qual dos dois direitos fundamentais (a liberdade de expressão ou os direitos de personalidade) deve ter prevalência. A tese de repercussão geral firmada no julgamento foi a seguinte: *“É incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social – analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral, e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível”*.<sup>465</sup>

Tendo em vista que, não obstante o Supremo Tribunal Federal ter entendido ser incompatível com a Carta Magna o Direito ao Esquecimento, o julgamento não foi hermético, na medida em que postergou uma possível análise, mediante ponderação, à casuística. Ainda, como dito alhures, o Direito ao Esquecimento não diz respeito apenas à possibilidade de ressocialização de uma determinada pessoa, mas, sobretudo, está correlacionada a sua dignidade. O direito à liberdade de imprensa e de expressão não são absolutos, devendo estar calcados na ética e na boa-fé, sob pena de ser caracterizado como abusivo. O conteúdo divulgado não pode estar calcado no mero propósito de “sujar” a imagem de outrem, por intermédio de

465 ASSOLA, Jose Humberto Deveza. **STF decide que direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal**. Disponível em: <https://www.bmalaw.com.br/conteudo/propriedade-intelectual/stf-direito-ao-esquecimento-incompativel-constituicao-federal>. Acesso em: 21 set. 2021.

informações que constituem calúnia, injúria ou difamação. Se fatos se tornam irrelevantes, desatualizados, sem interesse público e que não contribuem com a manutenção da historicidade, prejudicando apenas a pessoa natural, por que não serem esquecidos? Defendemos o olhar atento às necessidades e peculiaridades da exposição midiática de adolescentes, cuja exposição midiática poderá ser revisitada e excluída da internet, em razão do conteúdo não ser atual e irrelevante para o conhecimento público em geral, se trouxerem uma espécie de “estereótipo” ou “pena vitalícia”, em decorrência de atos praticados em tenra idade.

## CONCLUSÃO

O adolescente está em formação cognitiva e psicossocial, ainda não alcançando a plenitude sobre as suas reais convicções, ideologias, gosto etc. Na Constituição Federal, encontramos a proteção jurídica do adolescente especialmente no artigo 227, o qual destaca o papel conjunto da família, escola, Estado e sociedade para viabilizar o seu pleno desenvolvimento.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o Direito ao Esquecimento tem repercussão geral perante o Poder Judiciário, mas o próprio julgado da Corte Suprema permite a análise pontual do caso concreto de forma excepcional.

Em relação à matéria jornalística, deve prevalecer o interesse da informação e a preservação da historicidade, como uma forma de solidariedade entre gerações, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

Na ótica penal, prevalece o interesse da coletividade a ter acesso ao conteúdo publicitário, veiculado na internet, sobre fato criminoso, em resguardo à liberdade de informação assegurada pelo art. 220, parágrafo primeiro, da Constituição Federal. Contudo, em nosso sentir, se a publicação de uma reportagem tiver conteúdo exclusivamente voltado à divulgação de fatos privados da vida contemporânea de pessoa previamente condenada por crime e de seus familiares, pode, em caráter de exceção, se revelar em abuso do direito de informar, mormente se prática do crime se der na adolescência, por violar o direito à intimidade e à privacidade, direitos fundamentais previstos no art. 5º, V e 21 da C.F. Evidente que há de ser feita, pelo Poder Judiciário, com muita cautela e minúcia, a ponderação de direitos fundamentais passíveis de se encontrar em rota de colisão.

Quanto à esfera civil, o entendimento é o de que, para fatos anteriores à publicação do Marco Civil da Internet (Lei nº.12.965/2014), a responsabilização dos provedores de aplicação por veiculação de conteúdo ofensivo não depende de notificação judicial, bastando ficar demonstrado que houve ciência acerca da informação lesiva e que esta não foi retirada em prazo razoável. Após o Marco Civil da Internet, a responsabilidade do provedor consiste no descumprimento de ordem judicial, quando indicada a URL na qual consta o conteúdo a ser eliminado. Nesta toada, posicionamos no sentido de que, se houver veiculação de fatos e imagens, por particulares ou excepcionalmente, de cunho jornalístico, mesmo que verídico, mas de cunho meramente especulativo da esfera privada, relacionados a outrem e ocorrido na fase da adolescência, considerados como dados sensíveis, à luz da LGPD, e passíveis de ocasionar discriminação, a pessoa prejudicada está apta a requerer, via judicial, que o conteúdo seja retirado da rede mundial computadores. Igualmente, se os fatos contidos no ambiente virtual, relativos à fase da adolescência for irrelevante, desatualizado e prejudicial ao indivíduo, é passível de exclusão do conteúdo da rede mundial e dos provedores de busca. Destaca-se que o direito à liberdade de imprensa e de expressão não são absolutos, devendo estar amparados na ética e na boa-fé. Igualmente, o direito à informação não é absoluto, pois deve estar em harmonia com os outros princípios constitucionais, quais sejam, a inviolabilidade da dignidade, da vida íntima e da privada, da imagem e da honra das pessoas.

Deverá, evidentemente, ser objeto da verificação, caso a caso, sopesando os direitos fundamentais em questão para aferir qual deverá preponderar. O direito pátrio protege o adolescente de qualquer ato de discriminação e lhe assegura a dignidade humana. Tal proteção é imperativa para que, na idade adulta, a pessoa possa concorrer livremente e, em igualdade de condições a uma vaga no mercado de trabalho, como forma de lhe assegurar uma sociedade mais justa, equânime, inclusiva e solidária.

Os avanços tecnológicos e digitais, bem como a utilização da inteligência artificial são bem-vindos no mundo do trabalho, mas desde o centro da preocupação continue voltada umbilicalmente ao ser humano e lhe proporcionando crescentes oportunidades e, ofertando-lhe, sobretudo, um trabalho decente e sustentável.

## **DIREITO SOCIAIS NOS 35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: INTERLOCUÇÕES ENTRE DIREITO DO TRABALHO E DIREITO PREVIDENCIÁRIO**

### SOCIAL LAW IN THE 35 YEARS OF THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION: INTERLOCUTIONS BETWEEN LABOR LAW AND SOCIAL SECURITY LAW

**Marco Aurélio Serau Jr.**<sup>466</sup>

**RESUMO:** O artigo analisa as interlocuções entre Direito do Trabalho e Direito Previdenciário ao longo dos 35 anos da Constituição Federal de 1988. Adota-se a perspectiva de que os direitos sociais são direitos fundamentais e por isso dotados das características de interrelação e interdependência dos direitos humanos, colocada em vigor desde a Convenção de Viena, de 1993. São retratados diversos pontos de contato entre esses dois segmentos dos direitos sociais, com ênfase nas mudanças estruturais de ambos, especialmente aquelas derivadas das alterações experienciadas no mundo do trabalho ao longo destas mais de três décadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito. Direitos Sociais. Trabalho. Previdenciário.

**ABSTRACT:** The article analyzes the dialogues between Labor Law and Social Security Law over the 35 years of the 1988 Federal Constitution. The perspective is adopted that social rights are fundamental rights and therefore endowed with the characteristics of interrelationship and interdependence of human rights, put into force since the Vienna Convention of 1993. Several points of contact between these two segments of social rights are portrayed, with emphasis on the structural changes of both, especially those derived from the changes experienced in the world of work over these more than three decades.

**KEYWORDS:** Labour Law. Social Security Law.

#### **INTRODUÇÃO**

O presente artigo analisa algumas das mais importantes interlocuções entre Direito do Trabalho e Direito Previdenciário ao longo dos 35 anos de vigência da Constituição Federal de 1988.

Apesar de estes dois segmentos dos direitos sociais serem cientificamente autônomos, é inegável que possuem diversos pontos comuns e relevantes relações recíprocas.

Isto porque o fenômeno social regulado é essencialmente o mesmo: o trabalho humano. Seja no que diz respeito aos direitos e deveres em torno prestação da atividade laboral (não somente o emprego), seja no que diz respeito aos vários momentos em que a atividade profissional não pode ser realizada e não há condições para a venda da força de trabalho: a idade avançada, a incapacidade laboral temporária ou definitiva, etc.

De outra parte, outro marco teórico para a elaboração deste estudo reside na concepção de interdependência, interconexão e interrelação entre os direitos fundamentais, posta em prática desde a Convenção de Viena, de 1993.

---

466 Professor da UFPR – Universidade Federal do Paraná. Doutor e Mestre em Direitos Humanos (USP). Diretor Científico do IEPREV - Instituto de Estudos Previdenciários. Advogado e Consultor.



Ou seja, apesar de os direitos trabalhistas e previdenciários comporem inegavelmente ramos distintos dos direitos sociais, há conexões importantes e profundas entre ambos, especialmente por se dirigirem ao mesmo fenômeno social, conforme mencionado acima.

Implícito a isso, fica a ideia de que ambos os ramos dos direitos sociais (Trabalho e Previdência) devem ser considerados como direitos humanos ou direitos fundamentais<sup>467</sup>, tendo em vista uma profunda conexão com a ideia de dignidade da pessoa humana, bem como a expressa previsão no Texto Constitucional de 1988 (além de diversos documentos de Direito Internacional de Direitos Humanos, em particular as Convenções da OIT).

Tanto o Direito do Trabalho como o Direito Previdenciário (e da Seguridade Social) sofreram muitas transformações ao longo destes 35 anos de vigência da Constituição Federal de 1988.

Esse quadro decorre de profundas transformações pelas quais o capital se reorganizou e se reestruturou nas últimas décadas, em virtude de diversos fatores: a) crise do petróleo dos anos 1970; b) globalização econômica; c) forte incremento tecnológico, especialmente nas TIC – Tecnologias de Informação e Comunicação; d) fenômenos migratórios e de blocos regionais de países; e) avanço da ideologia neoliberal e das políticas de austeridade<sup>468</sup> em diversos países, dentre inúmeros outros argumentos que poderiam ser aventados.

Por esses motivos, o Direito Previdenciário experimentou inúmeras reformas constitucionais, as quais propiciaram notório enfraquecimento da ideia inicial de *constitucionalização dos direitos sociais* pretendida em 1988.

A lista de Emendas Constitucionais que impuseram mudanças na estrutura previdenciária é grande: 20/1998; 41/2003, 47/2005, 70/2012, 88/2015, 103/2019; todas estas pautando alterações significativas no regime de Seguridade Social.

As Emendas Constitucionais em matéria previdenciária, além das mudanças de conteúdo, vêm produzindo tanto *desconstitucionalização* como *constitucionalização* de certos temas estruturais do Direito Previdenciário, provocando inequívoca dificuldade hermenêutica e de aplicação desses institutos.

No campo do Direito do Trabalho o fenômeno de alteração constitucional tem sido diferente do que ocorreu no âmbito previdenciário.

Não se pode negar as ostensivas tentativas de desconstitucionalização dos direitos trabalhistas; contudo, em termos efetivos, não ocorreram tantas mudanças no Texto Constitucional em matéria trabalhista quando comparadas à esfera previdenciária.

Nesse sentido, podem ser mencionadas as seguintes Emendas Constitucionais: 20/1998 (redução do alcance do salário-família, agora pago somente aos dependentes de baixa renda, e majoração da idade mínima para ingresso no mercado de trabalho); 28/2000 (introdução de modelo mais rigoroso para a prescrição trabalhista); 45/2004 (Reforma do Judiciário, com significativa ampliação das competências da Justiça do Trabalho<sup>469</sup>); 53/2006 (diminuição da faixa etária para assistência gratuita aos filhos e dependentes dos trabalhadores); 72/2013 (equiparação dos direitos trabalhistas aos empregados domésticos).

O processo de reforma constitucional trabalhista possui até muitos elementos que podem ser comemorados, como a ampliação das atribuições da Justiça do Trabalho, a equiparação dos direitos trabalhistas aos empregados domésticos ou a majoração da idade mínima para o ingresso no mercado de trabalho.

Os pontos críticos em relação ao Direito do Trabalho têm vindo, certamente, da reforma da legislação infraconstitucional, destacadamente o processo de reforma trabalhista colocado em movimento especialmente desde 2017, com a Lei 13.467 (conhecida como Reforma Trabalhista).

---

467 Nesse sentido, a título meramente exemplificativo dentre inúmeras obras que trazem esse reconhecimento: SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2022; ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. 3ª ed. S. Paulo: LTr, 2009; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Direitos Fundamentais e Relação de Emprego**. São Paulo: Método, 2008; DELGADO, Maurício Godinho, DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais – dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

468 Quanto a este tema das políticas de austeridade: SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; EMERIQUE, Lillian Balmant; BARISON, Thiago (org.). **Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2018; MELLO, Lawrence Estivalet de; CALDAS, Josiane; GEDIEL, José Antônio Peres (orgs.). **Políticas de austeridade e direitos sociais**. Curitiba: Kaygangue, 2019.

469 COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcus Neves (coord.). **Nova Competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

Ao lado da reforma legislativa infraconstitucional, o Direito do Trabalho tem padecido com uma verdadeira Reforma Judicial Trabalhista<sup>470</sup>, posta em curso pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, muitas vezes antecipando e sempre legitimando a própria alteração da CLT e demais legislação trabalhista esparsa.

Nesse sentido, destaque-se o entendimento do STF ratificando a prevalência do negociado sobre o legislado<sup>471</sup> bem como diversas decisões que possuem nítido sentido de esvaziamento da competência da Justiça do Trabalho (remetendo para a Justiça Comum processos com o escopo de reconhecimento de vínculo de emprego, como no caso dos motoristas de aplicativos, ou em situações relativas aos empregados públicos<sup>472</sup>, dentre outras).

Escolhemos para analisar com mais ênfase a alteração estrutural da Previdência Social, particularmente a mudança do modelo calcado na realização do *trabalho* para o modelo atual, vinculado essencialmente ao recolhimento de contribuições previdenciárias.

Esse aspecto parece ser o que melhor demonstra a conexão entre Direito do Trabalho e Direito Previdenciário, indicando a transformação de certas categorias protetivas bastante tradicionais e os resultados danosos em termos de eficácia dos direitos sociais.

## 1. A TRANSFORMAÇÃO PARADIGMÁTICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL: O ABANDONO DO FATOR LABORAL E O CULTO À PERSPECTIVA CONTRIBUTIVA

A redação original do art. 202 da Constituição da República de 1988<sup>473</sup> contemplava a *exigência de determinado tempo de trabalho para que o segurado e a segurada obtivessem seus benefícios de aposentadoria*.

Em linhas gerais, a exigência era de 35 (trinta e cinco) anos de trabalho ao homem e 30 (trinta) anos de trabalho à mulher, ou tempo inferior a isso, nos termos da legislação previdenciária, no caso das atividades realizadas em prejuízo à saúde ou integridade física.

Em relação aos professores, permitia-se a redução de 5 anos no tempo de trabalho exigido para a aposentadoria, no caso de efetivo exercício da função de magistério, ou seja, os professores poderiam se aposentar com 30 (trinta) anos de trabalho e as professoras aos 25 (vinte e cinco) anos de trabalho no magistério.

Por fim, admitia-se a aposentadoria proporcional, aos 30 (trinta) anos de trabalho para o homem e 25 (vinte e cinco) anos de trabalho para a mulher, com proventos proporcionais, nos termos da legislação.

A Emenda Constitucional 20/1998<sup>474</sup> promoveu a grande alteração paradigmática no modelo previdenciário nacional, preservado e aprofundado pelas outras diversas reformas constitucionais que se seguiram.

---

470 O exemplo mais conhecido reside na declaração de inconstitucionalidade da Súmula 331 do TST, relativa aos parâmetros da terceirização, antecipando a Lei 13.429/2017. Esse processo de reforma judicial trabalhista foi lapidarmente estudado em estudo coordenado pela Professora Renata Dutra, da UnB, e pelo Professor Sidnei Machado, da UFPR: MACHADO, Sidnei; DUTRA, Renata Queiroz (orgs.). **O Supremo e a Reforma Trabalhista – a construção jurisprudencial da reforma trabalhista de 2017 pelo Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Editora Fi, 2021.

471 Quanto a esse tópico, ressalte-se a tese jurídica fixada no Tema 1.046 da repercussão geral no STF: “São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis”. Ou seja, os direitos trabalhistas podem ser negociados e alterados, mesmo em sobreposição ao que estiver previsto em lei, salvo aquilo que a Corte Constitucional indicou como “direitos absolutamente indisponíveis”, que se tem como sinônimos dos direitos fundamentais previstos no art. 7º da Constituição Federal de 1988.

472 O que constitui objeto do Tema 606 da repercussão geral, onde foi fixada a seguinte tese jurídica: “A natureza do ato de demissão de empregado público é constitucional-administrativa e não trabalhista, o que atrai a competência da Justiça comum para julgar a questão. A concessão de aposentadoria aos empregados públicos inviabiliza a permanência no emprego, nos termos do art. 37, § 14, da CRFB, salvo para as aposentadorias concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 103/19, nos termos do que dispõe seu art. 6º”.

473 Eis a literalidade do artigo mencionado, em sua redação original: “Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições: I - aos sessenta e cinco anos de idade, para o homem, e aos sessenta, para a mulher, reduzido em cinco anos o limite de idade para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, neste incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal; II - após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei; III - após trinta anos, ao professor, e, após vinte e cinco, à professora, por efetivo exercício de função de magistério. § 1º - É facultada aposentadoria proporcional, após trinta anos de trabalho, ao homem, e, após vinte e cinco, à mulher.”

No *caput* do artigo 201 passou a constar que a previdência social seria organizada com caráter contributivo, observados critérios de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial.

Em linhas gerais, além da previsão de aposentadoria por idade mínima, a *antiga aposentadoria por tempo de serviço* passou a ser considerada como aposentadoria por tempo de contribuição, onde a exigência era de 35 (trinta e cinco) anos de contribuição ao homem e 30 (trinta) anos de contribuição à mulher, ou tempo inferior a isso, nos termos da legislação previdenciária, no caso das atividades realizadas em prejuízo à saúde ou integridade física (aposentadoria especial).

Foi extinta a aposentadoria proporcional (que persistiu apenas nas regras de transição) e, em relação aos professores, permitia-se a redução de 5 anos no tempo de trabalho exigido para a aposentadoria, no caso de efetivo exercício da função de magistério, ou seja, os professores poderiam se aposentar com 30 (trinta) anos de contribuição e as professoras aos 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, desde que no efetivo exercício de magistério, mas exclusivamente na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

Em suas regras de transição, a Emenda Constitucional 20/1998<sup>475</sup> permitiu que fosse considerado como tempo de contribuição o período anterior à sua vigência em que os segurados e seguradas contassem apenas com tempo de serviço.

As alterações constitucionais seguintes em matéria previdenciária (a exemplo da Emenda Constitucional 103/2019, denominada de Nova Previdência) mantiveram notoriamente esse perfil essencialmente contributivo do Regime Geral de Previdência Social, inclusive aprofundando-o mediante a majoração da exigência de tempo de contribuição, direta ou indiretamente.<sup>476</sup>

O que se percebe dessa narrativa das alterações constitucionais promovidas no sistema previdenciário é a premissa implícita, mas bem evidente, de que a estrutura previdenciária sempre foi forjada a partir do parâmetro do pleno emprego ou dos empregos de longa duração, com certa estabilidade e consistência remuneratória.

Esse modelo adotado implicitamente pelo sistema previdenciário nacional olvida o que efetivamente vem ocorrendo há algumas décadas no mundo do trabalho: uma profunda reorganização do modelo produtivo, com empregos de cada vez menor duração, enorme rotatividade de mão-de-obra nas ocupações laborais, bem como a crescente adoção de figuras contratuais atípicas, em franco declínio da adoção do *standard* da relação de emprego.

Outro aspecto que deve ser ponderado nesse ponto: a adoção, a partir da Emenda Constitucional 103/2019, de idades mínimas para aposentadoria, fixadas em 65 (sessenta e cinco) anos para os homens e 62 (sessenta e dois) anos para as mulheres (sem prejuízo de outras possibilidades de aposentação previstas nas regras de transição da referida Emenda).

---

474 Os requisitos para aposentadoria e critérios estruturantes para o Regime Geral de Previdência Social foram migrados do artigo 202 (que passou a contemplar as regras de Previdência Complementar) para o artigo 201, que passou a contar com a seguinte redação: "Art. 201 - A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...) § 7º - É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. § 8º - Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio."

475 Eis o art. 4º da Emenda Constitucional 20/1998: "Art. 4º - Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição."

476 A majoração "indireta" do tempo de contribuição não se dá em relação ao que é necessário para obter o benefício de aposentadoria, mas para alcançar um valor adequado para o cálculo do benefício, conforme as novas regras trazidas pelo art. 26 da Emenda Constitucional 103/2019 que, obliquamente, acaba por inserir no Direito Previdenciário uma obrigação de recolhimento de 40 anos de contribuições previdenciárias para que se alcance o benefício "integral": "Art. 26. Até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições a regime próprio de previdência social e ao Regime Geral de Previdência Social, ou como base para contribuições decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência. § 1º A média a que se refere o caput será limitada ao valor máximo do salário de contribuição do Regime Geral de Previdência Social para os segurados desse regime e para o servidor que ingressou no serviço público em cargo efetivo após a implantação do regime de previdência complementar ou que tenha exercido a opção correspondente, nos termos do disposto nos §§ 14 a 16 do art. 40 da Constituição Federal. § 2º O valor do benefício de aposentadoria corresponderá a 60% (sessenta por cento) da média aritmética definida na forma prevista no caput e no § 1º, com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição nos casos: I - do inciso II do § 6º do art. 4º, do § 4º do art. 15, do § 3º do art. 16 e do § 2º do art. 18; II - do § 4º do art. 10, ressalvado o disposto no inciso II do § 3º e no § 4º deste artigo; III - de aposentadoria por incapacidade permanente aos segurados do Regime Geral de Previdência Social, ressalvado o disposto no inciso II do § 3º deste artigo;".

Além do longo tempo de contribuição exigido para a obtenção das aposentadorias, conforme indicado acima, o estabelecimento de idade mínima nos patamares referidos dificulta ainda mais o alcance desse direito fundamental social.

É que essa exigência não encontra reflexo na realidade laboral nacional, com níveis de empregabilidade muito baixos à mão-de-obra que conte com mais do que certa idade. A soma não se fecha e o resultado é a estruturação equivocada da política pública previdenciária, em franco desmonte do modelo de Seguridade Social implementado em 1988.

## 2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA EXIGÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA MÍNIMA EM FACE DA PROLIFERAÇÃO DAS FIGURAS LABORAIS ATÍPICAS

Outro elemento estrutural que compõe a denominada Nova Previdência, advinda da Emenda Constitucional 103/2019, reside na introdução no Texto Constitucional do conceito de *contribuição previdenciária mínima*.

De acordo com o art. 195, § 14, da Constituição da República: “O *segurado somente terá reconhecida como tempo de contribuição ao Regime Geral de Previdência Social a competência cuja contribuição seja igual ou superior à contribuição mínima mensal exigida para sua categoria, assegurado o agrupamento de contribuições.*”

Esse dispositivo constitucional é complementado pelo art. 29 da própria Emenda Constitucional 103/2019<sup>477</sup>, que, em suma, permite: a complementação das contribuições por conta do segurado; o aproveitamento de valores excedentes de um mês ao outro e, o agrupamento de meses com a finalidade de completar a competência contributiva regular.

A ideia de *contribuição mensal mínima* novamente tem como premissa implícita, porém evidente, a concepção do sistema previdenciário em torno da relação de emprego (a qual contaria com um padrão remuneratório mínimo e estável, no mínimo mediante o pagamento do salário mínimo nos termos do art. 7º, inciso IV, da Constituição da República).

Ocorre que essa percepção não mais corresponde à totalidade do mundo do trabalho. A reorganização produtiva vivenciada pelo capitalismo contemporâneo indica/impõe a utilização de inúmeras outras formas contratuais para a realização e tomada do trabalho humano, com franco declínio do modelo de emprego, prevalecente durante grande parte do século XX.

Surgem e ganham espaço figuras contratuais tidas como *atípicas*, a exemplo do contrato intermitente<sup>478</sup>, da *pejotização*, dos trabalhos tomados por plataformas digitais, a jornada de trabalho parcial (*minijobs*), a realização de trabalhos via *terceirização* ou cooperativas, etc.

Na maior parte destes casos, ocorre uma evidente precarização das condições de trabalho e, no aspecto salarial, fragmentação das garantias de uma remuneração mínima. Nem sempre será alcançado o patamar mínimo de remuneração (no Brasil, conforme o ditame constitucional, o salário mínimo).

Tome-se como exemplo o contrato intermitente: a forma como foi regulamentado e estruturado (remuneração variável e apenas proporcional ao número de convocações), bem como os meios pelos quais tem sido praticado pelas empresas (convocações aleatórias, destituídas de previsibilidade e de brevíssima duração), conduzem a que essas pessoas recebam remunerações geralmente inferiores ao salário-mínimo.<sup>479</sup>

---

477Veja-se o inteiro teor do dispositivo constitucional citado: Art. 29. Até que entre em vigor lei que disponha sobre o § 14 do art. 195 da Constituição Federal, o segurado que, no somatório de remunerações auferidas no período de 1 (um) mês, receber remuneração inferior ao limite mínimo mensal do salário de contribuição poderá: I - complementar a sua contribuição, de forma a alcançar o limite mínimo exigido; II - utilizar o valor da contribuição que exceder o limite mínimo de contribuição de uma competência em outra; ou III - agrupar contribuições inferiores ao limite mínimo de diferentes competências, para aproveitamento em contribuições mínimas mensais. Parágrafo único. Os ajustes de complementação ou agrupamento de contribuições previstos nos incisos I, II e III do caput somente poderão ser feitos ao longo do mesmo ano civil.

478 Conforme o art. 443, da CLT, in litteris: Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente. (...) § 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

479 SERAU JR., Marco Aurélio. Contrato Intermitente: reflexões e avanços necessários, p. 248-259. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; VILLATORE, Marco Antonio César; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa (coord.). **CLT – 80 anos de consolidação: novas reflexões sociais, econômicas e jurídicas**. São Paulo: Instituto Memória, 2023.



As estatísticas oficiais têm apontado para a remuneração média dos empregados intermitentes na faixa de 50% do salário-mínimo.

De sorte que, nesse quadro, e diante da nova estrutura da legislação previdenciária, vislumbra-se que os empregados e empregadas intermitentes encontram-se efetivamente destituídos de proteção previdenciária, pois a contribuição previdenciária recolhida mensalmente tenderá a ser inferior ao mínimo exigido para que operem verdadeiros e efetivos efeitos previdenciários.<sup>480</sup>

Apesar de a própria legislação previdenciária contemplar mecanismos para a complementação da carga contributiva necessária<sup>481</sup>, compreendemos que em termos práticos os empregados e empregadas intermitentes, assim como os trabalhadores de tempo parcial ou que realizam sua atividade via plataformas digitais, não possuirão recursos financeiros efetivos e suficientes a tanto, dado seu arranjo contratual que leva a remunerações geralmente abaixo do salário-mínimo.

## CONCLUSÃO

Ao longo dos 35 anos de vigência da Constituição da República de 1988, conhecida como *Constituição Cidadã* e, certamente, o diploma normativo responsável pela consagração, no Brasil, da ideia de que os direitos sociais são direitos fundamentais, houve diversas reformas constitucionais nessa seara, afetando mais ou menos os campos do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário.

A Previdência Social, até mesmo em virtude de sua estrutura estar mais “constitucionalizada” que o âmbito do Direito do Trabalho, parece ter sido mais afetada por diversas reformas constitucionais, indicadas no curso deste artigo, as quais não se limitaram a ajustes pontuais na norma constitucional, mas empreenderam verdadeiras alterações paradigmáticas em diversos níveis: desconstitucionalização e constitucionalização de temas previdenciários; substituição do modelo pautado pelo tempo de serviço para o atual modelo, calcado no tempo de efetiva contribuição previdenciária, a qual, ainda assim, deve alcançar um patamar monetário mínimo; dentre outros elementos que poderiam ser indicados e que extrapolam os limites deste estudo.

O Direito do Trabalho, por sua vez, talvez por estar menos contido no Texto Constitucional e mais desenvolvido na legislação (CLT e outros diplomas infraconstitucionais) e na prática diária dos contratos de trabalho parece ter sofrido reformas constitucionais menos impactantes, apesar das recorrentes tentativas de *desconstitucionalização* dos direitos trabalhistas.

Por outro lado, apesar de alterações que consideramos nem tão significativas no Texto Constitucional, algumas mesmo bastante positivas, conforme lapidamos neste artigo, ocorreu no âmbito do Direito do Trabalho uma verdadeira “reforma” praticada através do exercício da jurisdição constitucional, a qual antecipou ou legitimou as principais alterações promovidas na legislação trabalhista infraconstitucional, chancelando também a perspectiva do *negociado sobre o legislado*.

---

480 É o que consta do art. 19-E, do Regulamento da Previdência Social, com redação dada pelo Decreto 10.410/2020: “Art. 19-E. A partir de 13 de novembro de 2019, para fins de aquisição e manutenção da qualidade de segurado, de carência, de tempo de contribuição e de cálculo do salário de benefício exigidos para o reconhecimento do direito aos benefícios do RGPS e para fins de contagem recíproca, somente serão consideradas as competências cujo salário de contribuição seja igual ou superior ao limite mínimo mensal do salário de contribuição.”

481 De acordo com o art. 19-E, §1º a § 7º, do Regulamento da Previdência Social, com redação dada pelo Decreto 10.410/2020: “§ 1º Para fins do disposto no caput, ao segurado que, no somatório de remunerações auferidas no período de um mês, receber remuneração inferior ao limite mínimo mensal do salário de contribuição será assegurado: I - complementar a contribuição das competências, de forma a alcançar o limite mínimo do salário de contribuição exigido; II - utilizar o excedente do salário de contribuição superior ao limite mínimo de uma competência para completar o salário de contribuição de outra competência até atingir o limite mínimo; ou III - agrupar os salários de contribuição inferiores ao limite mínimo de diferentes competências para aproveitamento em uma ou mais competências até que estas atinjam o limite mínimo. § 2º Os ajustes de complementação, utilização e agrupamento previstos no § 1º poderão ser efetivados, a qualquer tempo, por iniciativa do segurado, hipótese em que se tornarão irreversíveis e irrenunciáveis após processados. § 3º A complementação de que trata o inciso I do § 1º poderá ser recolhida até o dia quinze do mês subsequente ao da prestação do serviço e, a partir dessa data, com os acréscimos previstos no art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991. § 4º Os ajustes de que tratam os incisos II e III do § 1º serão efetuados na forma indicada ou autorizada pelo segurado, desde que utilizadas as competências do mesmo ano civil definido no art. 181-E, em conformidade com o disposto nos § 27-A ao § 27-D do art. 216. § 5º A efetivação do ajuste previsto no inciso III do § 1º não impede o recolhimento da contribuição referente à competência que tenha o salário de contribuição transferido, em todo ou em parte, para agrupamento com outra competência a fim de atingir o limite mínimo mensal do salário de contribuição. § 6º Para complementação ou recolhimento da competência que tenha o salário de contribuição transferido, em todo ou em parte, na forma prevista no § 5º, será observado o disposto no § 3º. § 7º Na hipótese de falecimento do segurado, os ajustes previstos no § 1º poderão ser solicitados por seus dependentes para fins de reconhecimento de direito para benefício a eles devidos até o dia quinze do mês de janeiro subsequente ao do ano civil correspondente, observado o disposto no § 4º.”



O cotejo dessas duas trajetórias de reformas constitucionais no campo dos direitos sociais revela uma grande assintonia entre essas vertentes de proteção social, as quais deveriam caminhar juntas, apesar de cientificamente autônomas e independentes.

O traço mais evidente é a estruturação da Previdência Social a partir de elementos outrora característicos do mundo do trabalho (primazia da relação de emprego, cenário de pleno emprego, empregos de longa duração, segurança e estabilidade remuneratória), mas que atualmente encontram-se postos em xeque ou mesmo em franco declínio.

De fato, as mais recentes reformas constitucionais previdenciárias vão reforçando a exigência de tempos de contribuição cada vez mais expressivos e patamares de idade mínima bastante significativa para obtenção dos benefícios de aposentadorias programáveis.

Conforme demonstramos ao longo deste ensaio, esses itens já não se fazem mais tão presentes no mundo do trabalho, o que elucida tratar-se de uma reforma previdenciária em dois níveis: a) um nível formal, de enrijecimento dos requisitos para obtenção dos benefícios previdenciários; b) uma camada sutil<sup>482</sup>, não muito aparente, promovida como decorrência das transformações trabalhistas, em que há inclusão previdenciária formal de diversos segmentos sociais, os quais, na verdade, se encontram profundamente apartados de seus direitos previdenciários.

---

482 SERAU JR., Marco Aurélio. Reforma Previdenciária como precarização trabalhista – precarização trabalhista como reforma previdenciária. p. 172. In: MELLO, Lawrence Estivalet de; CALDAS, Josiane; GEDIEL, José Antônio Peres (orgs.). **Políticas de austeridade e direitos sociais**. Curitiba: Kaygangue, 2019.

## **A APLICABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO EM MATÉRIAS DE NATUREZA TRABALHISTA**

### **THE APPLICABILITY OF THE INJUNCTION AND THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION IN LABOR-RELATED ISSUES**

**Luiz Eduardo Gunther**<sup>483</sup>

**Marco Antônio César Villatore**<sup>484</sup>

**RESUMO:** A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988, inovou ao trazer em seu conteúdo o mandado de injunção. Neste trabalho busca-se traçar os critérios de construção do instituto pelos constituintes. Examinam-se, também, as diferenças com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Alguns exemplos concretos relacionados à temática trabalhista são observados, como: a) o direito social à proteção em face da automação, a ser regulamentado; b) a fixação do prazo de 24 meses, pelo STF, para que o Congresso Nacional edite lei criando o Funget – Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas; c) a necessidade de regulamentar o direito dos trabalhadores urbanos e rurais contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. O próprio mandado de injunção recebeu tratamento legal, que disciplinou o seu processo e julgamento. No texto são trazidos exemplos relacionados ao direito de greve dos servidores públicos. O mandado de injunção coletivo também é analisado, bem como o importante caso concreto da atividade normatizadora do aviso prévio por tempo de serviço. Apesar da novidade na área trabalhista, é possível ver-se a concretização desses dois institutos na realidade das situações concretas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mandado de injunção. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Automação. Fundo de execução trabalhista. Despedida arbitrária ou sem justa causa. Aviso prévio. Direito de greve dos servidores públicos.

**ABSTRACT:** The Constitution of the Federative Republic of Brazil, dated October 5, 1988, brought innovation by incorporating Injunction into its content. This work aims to outline the criteria for the establishment of the institution by the constitution drafters. It also examines the differences with the direct action of unconstitutionality by omission. Several concrete examples related to labor-related issues are observed, such as: a) the social right to protection against automation, to be regulated; b) the setting of a 24-month deadline, by the STF, for the National Congress to enact a law creating the Funget – Guarantee Fund for Labor Executions; c) the need to regulate the rights of urban and rural workers against arbitrary or unjustified dismissal. Injunction itself received legal treatment, which regulated its process and judgment. The text presents examples related to the right to strike of public servants. Injunction collective is also analyzed, as well as the important concrete case of regulating the notice period based on length of service. Despite being a novelty in the field of labor law, the realization of these two institutions can be observed in the reality of concrete situations.

**KEYWORDS:** Writ of injunction. Direct action of unconstitutionality by omission. Automation. Labor enforcement fund. Arbitrary dismissal or dismissal without just cause. Prior notice. Right of public servants to strike.

---

483 Professor da Graduação e do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Desembargador do Trabalho do TRT 9. Membro da Academia brasileira de Direito do Trabalho. E-mail: luiz.gunther@uol.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1314611892212586>. <https://orcid.org/0000-0001-7920-3406>.

484 Professor Concursado Permanente da Graduação e do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da UFSC. Coordenador da Especialização em Direitos e Processos do Trabalho e Previdenciário da Academia brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Advogado. Membro da Academia brasileira de Direito do Trabalho. E-mail: [marcovillatore@gmail.com](mailto:marcovillatore@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6658857270253086>. <https://orcid.org/0000-0001-6365-6283>.

## INTRODUÇÃO

Os parlamentares brasileiros, com a redemocratização ocorrida após o regime militar, modelaram um texto constitucional com muita qualidade técnica e algumas inovações.

Dentre os institutos que foram incluídos na Carta Magna de 1988 está o mandado de injunção.

No trabalho que ora se apresenta, procura-se explicar como aconteceram os debates históricos para essa criação.

Propõe-se, também, uma análise distintiva dessa figura com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Examinam-se situações concretas levadas à apreciação do Egrégio Supremo Tribunal Federal, como: a necessidade de regulamentar a automação quanto à proteção dos trabalhadores; a normatização determinada ao Congresso Nacional, com prazo de dois anos, para edição de lei criando o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas; e a omissão quanto a regular o direito dos trabalhadores contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

O regramento do processo e do julgamento do mandado de injunção também foi analisado.

Busca-se esclarecer como se deu a colmatação da lacuna sobre o exercício do direito de greve pelos servidores públicos.

Por fim, percorre-se o longo caminho que leva à regulação do aviso prévio proporcional pelo Congresso Nacional, por intermédio da Lei n. 12.1506, de 11 de outubro de 2011, vinte e três anos depois do disposto no texto constitucional garantir o direito. Isso ocorreu, como se salienta no artigo, somente após o STF julgar quatro pedidos formulados em mandado de injunção para declarar a norma legislativa em normatizar esse direito.

## 1. O SURGIMENTO LEGISLATIVO DO INSTITUTO MANDADO DE INJUNÇÃO

O dispositivo é uma inovação da Carta Magna de 1988, tratando-se de um instrumento do processo constitucional, direcionado à defesa de direitos subjetivos, com fundamento em omissão do legislador ou de outro órgão incumbido de poder regulatório.

A gênese legislativa desse dispositivo constitucional inicia-se na Subcomissão Temática dos Direitos e Garantias Individuais, na Fase A, com o Anteprojeto do Relator: “art. 1º. São direitos e garantias individuais: (...) § 35º. Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata. Conceder-se-á mandado de injunção, para garantir direito nela assegurado, não aplicado em razão da ausência de norma regulamentadora, podendo ser requerido em qualquer juízo ou tribunal”. Na Fase C, do Anteprojeto da Subcomissão, houve modificação do texto: “art. 1º. São direitos e garantias individuais: (...) § 37º. Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança, a fim de garantir o direito assegurado nesta Constituição, não aplicado em razão da ausência de norma regulamentadora, podendo ser requerido em qualquer juízo ou tribunal, observadas as regras de competência da lei processual”.

Na Comissão Temática da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, na Fase F, apontou-se o Substitutivo do Relator, assim: “Art. 34. Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual do mandado de segurança, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania”. Na Fase H, o Anteprojeto da Comissão constituía-se do mesmo teor.

Na Comissão de Sistematização, Fase I, mudou-se topicamente o dispositivo para o Art. 37, mas o texto permaneceu o mesmo. Na Fase L, como Projeto da Constituição, passou a ser o Art. 36, mas a redação se manteve a mesma. Na Fase N, o Primeiro Substitutivo do Relator, passou o dispositivo (com o mesmo texto) para o Art. 23. Na Fase P, o Segundo Substitutivo do Relator trouxe modificações quanto à localização e ao rito: “art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza: (...) § 47º. Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual previsto em lei complementar, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania”.

Em Plenário, na Fase Q, Projeto A (início do primeiro turno), ocorreram pequenas mudanças: “art. 6º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. (...) § 51º. Conceder-se-á mandado de injunção, na forma da lei, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício das

liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania". Na Fase T, Projeto B (fim do primeiro e início do segundo turno), o inciso LXXII continua com a redação do § 51º. do art. 6º., mas agora no art. 5º., excluída apenas a expressão "na forma da lei". Na Fase V, Projeto C, (fim do segundo turno), posicionado o caput no art. 4º., passa o inciso LXXI a regular o mandado de injunção da mesma forma que a redação anterior.

Na Comissão de Redação, Fase X, Projeto D, Redação Final, o texto que seria promulgado passa a ser o seguinte: "art. 5º. 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, nos termos seguintes: (...) LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".<sup>485</sup>

Até chegar ao texto final, e ser inserido na Constituição, o instituto do mandado de injunção teve algumas modificações na sua identidade. Inicialmente constava no art. 23 do Substitutivo 1 (26/8/1987) da Comissão de Sistematização e tinha o seguinte teor: "conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual do mandado de segurança, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania". No Substitutivo 2 (18/09/1987), da Comissão de Sistematização, houve apenas mudanças quanto rito processual, que passava a ser "previsto em lei complementar". No Projeto A (24/11/1987), no início do primeiro turno, Plenário, não mais se falava em mandado de segurança, nem em lei complementar, mas apenas "na forma da lei". Posteriormente, os Projetos B e C, com Plenários, a Comissão de Redação Final e o Texto Promulgado consagraram a redação que veio a prevalecer. Topicamente, o dispositivo estava inicialmente no art. 23, passou ao art. 5º. parágrafo 47º., art. 6º., parágrafo 51º., art. 5º., LXXII, art. 4º., LXXI, para finalmente consagrar-se no art. 5º., LXXI.<sup>486</sup>

## 2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Embora se pareçam à primeira vista, podem ser diferenciados os institutos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A Constituição de 1988 inovou ao se preocupar com as omissões inconstitucionais do Estado. Este, pela falta de ações positivas na elaboração e implementação de políticas públicas, de berço constitucional, pode impedir a concretização de direitos fundamentais e a aplicação de muitos dos dispositivos da C.

Tanto o mandado de injunção quanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão direcionam-se a colmatar as omissões estatais, quando violadoras da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Pode-se iniciar as distinções no que diz respeito à natureza da ação. O mandado de injunção constitui-se em "ação de natureza subjetiva", servindo como instrumento de controle concreto ou incidental de constitucionalidade da omissão, voltado à tutela de direitos subjetivos. Considera-se assim, uma ação constitucional de "garantia de Direitos". A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma "demanda de natureza objetiva", sendo instrumento de controle abstrato ou principal de constitucionalidade da omissão. Trata-se de uma ação constitucional, de garantia da Constituição (art. 103, § 2º).<sup>487</sup> Enquanto o mandado de injunção possibilita tornar imediatamente viável o exercício de direitos fundamentais, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão direciona-se a tornar efetiva uma norma constitucional, independentemente de o texto definir um direito ou não.

A atividade normativa do Poder Judiciário no mandado de injunção é subjetiva, um meio para a garantia de viabilidade e exercício do direito. Na ação direta de inconstitucionalidade representa o próprio fim para a concretização da norma constitucional.

A omissão constitucional, no que diz respeito ao mandado de injunção, cria obstáculos ao exercício de um direito fundamental. Relativamente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão verifica-se um

485 BRASIL. **A construção do art. 5º. da Constituição de 1988** (recurso eletrônico). Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013, p. 330-333.

486 LIMA, João Alberto de Oliveira *et al.* **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013, p. 84.

487 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Distinções entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção**. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/163748936/distincoes-entre-a-acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-e-o-mandado-de-injuncao>. Acesso em: 19 jul. 2023.

impedimento à efetividade de qualquer norma constitucional, consagrada ou não de um direito fundamental.

No mandado de injunção não há dependência que se expire qualquer prazo para caracterizar-se a omissão. Já para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão há necessidade do decurso de um prazo razoável para caracterizar a omissão.

Representando o mandado de injunção uma ação de controle concreto, instaurador de uma relação jurídica entre pessoa definidas, os efeitos da decisão judicial restringem-se às partes dessa relação processual, vale dizer, são *inter partes*. Já na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tendo em vista sua natureza abstrata e objetiva (não há partes, nem controvérsia), os efeitos da decisão judicial são *erga omnes*.

A legitimidade ativa no mandado de injunção abrange toda e qualquer pessoa que titulariza um direito que pretende exercer, enquanto na ação direta de inconstitucionalidade por omissão está reservada com exclusividade aos entes, autoridades e órgãos arrolados, de forma taxativa, no art. 103, incisos I a IX, da Constituição de 1988.

A competência para processar e julgar o mandado de injunção é partilhada entre vários órgãos: STF (CRFB/1988, art. 102, I, q e II, a); STJ (art. 105, I, h, da CRFB/1988); STM, TSE e TST (CRFB/1988, art. 102, II, a), Órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal (art. 105, I, h, CRFB/1988), TREs (art. 121, § 4º, V), e também os Órgãos das Justiças dos Estados, de acordo com suas Constituições e leis de organizações judiciárias. A competência para o exame da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é restrita ao Supremo Tribunal Federal ou aos Tribunais da Justiça dos Estados. Nesse último caso nas hipóteses de omissões contestadas perante as Constituições estaduais.<sup>488</sup>

Relativamente às questões de natureza trabalhista, pode ser exemplificada uma situação específica quanto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O procurador-geral da República ingressou com ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO 73), perante o Supremo Tribunal Federal, apontando mora do Congresso Nacional em regulamentar dispositivo da Constituição de 1988 que confere aos trabalhadores urbanos e rurais o direito social à proteção em face da automação. Segundo a ação, o dispositivo constitucional não somente elevou a proteção em face da automação ao nível de direito fundamental dos trabalhadores, como também impôs ao legislador federal a obrigação específica de editar lei para regulamentar tal direito.

Conforme registrado na petição inicial, decorridos mais de 33 anos desde a promulgação da Carta Magna, ainda não foi editada lei federal que regule o artigo 7º, inciso XXVII, da Constituição apesar de diversas proposições legislativas terem sido apresentadas sobre o tema. Por isso, requer que o Supremo declare a omissão inconstitucional por parte do Legislativo e que fixe prazo para a edição de norma federal sobre a matéria.

Explica, ainda, o procurador-geral, que a automação citada no dispositivo pode ser conceitualmente entendida como “fenômeno ligado à tecnologia”, consubstanciado “pela mecanização do sistema produtivo através do uso de máquinas e robôs para o desempenho de certas atividades, notoriamente em substituição (parcial ou total) do trabalho humano”.

Também apresenta resultado de um estudo, realizado em 2017, pela Consultoria McKinsey, que estimou a perda de até 50% dos postos de trabalho no Brasil, por causa da automação, e ainda em decorrência do uso da tecnologia da informação e da inteligência artificial. Explicita que a epidemia provocada pela covid-19 intensificou a automação dos postos de trabalho, e que o Fórum Econômico Mundial reportou, em 2020, que foi acelerada em 68% a automação de tarefas no Brasil, como resposta à pandemia. Desse modo, “a Constituição Federal exige a adoção de providências legislativas voltadas a proteger os trabalhadores diante desse inevitável fenômeno”.<sup>489</sup>

Há uma decisão do Supremo Tribunal Federal, também, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº27, ajuizada pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANT). O STF fixou o prazo de 24 meses para que o Congresso Nacional edite lei criando o Funget – Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas. Segundo o art. 3º da reforma do judiciário (EC 45/2004), o Funget a ser criado por lei deve ser integrado pelas multas decorrentes de condenações judiciais e de fiscalização de trabalho, além de outras

488 *Ibidem*.

489 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **PGR aponta omissão do Legislativo em regulamentar proteção de trabalhadores frente à automação.** Disponível em: [130](https://www.conjur.com.br/2022-jul-16/pgr-aponta-omissao-protacao-trabalhadores-frente-automacao#:~:text=O%20procurador%2Dgeral%20da%20Rep%C3%BAblica,%C3%A0%20prote%C3%A7%C3%A3o%20em%20face%20da. Acesso em: 20 jul. 2023.</a></p></div><div data-bbox=)



receitas. Seu objetivo é assegurar o pagamento dos créditos reconhecidos pela Justiça do Trabalho em caso de não quitação da dívida na fase de execução.<sup>490</sup>

No voto pela procedência do pedido, a ministra Cármen Lúcia considerou que a falta de aprovação do projeto de lei sobre a matéria configura quadro de omissão do Poder Legislativo em relação ao Funget, mecanismo que pode contribuir para a eficiência das execuções trabalhistas. Segundo ela, o tempo decorrido desde a EC 45/04 e o fato de um projeto de lei sobre o tema, iniciado no mesmo ano, ter tido a última movimentação em 2017 evidenciam a inércia do Congresso Nacional.<sup>491</sup>

O procurador geral da República apresentou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 81 para que o Congresso Nacional edite norma federal prevista pela Constituição da República para regulamentar o direito dos trabalhadores urbanos e rurais contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Segundo os argumentos trazidos, passados 34 anos desde a promulgação da Lei Fundamental, o Poder Legislativo ainda não editou a norma, o que resulta em contínuos prejuízos aos trabalhadores que foram e que vierem a ser demitidos injustificadamente por seus empregadores.<sup>492</sup>

Na fundamentação, o procurador-geral da República afirma que a indenização compensatória não é suficiente para concretizar o direito à proteção da relação de emprego. A indenização de 40% sobre o FGTS foi estabelecida pela Constituição com o intuito de valer até a edição da lei complementar sobre o tema.<sup>493</sup>

Quanto ao mandado de injunção, também é possível exemplificar com um caso concreto paradigmático julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Como se há de recordar, o artigo 37, inciso VII, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, reconheceu o direito de greve para os servidores públicos. Entretanto, ao dizer que o direito seria exercido nos limites definidos por lei específica, o legislador acabou por tornar o referido direito norma programática, isto é, sem validade imediata enquanto não regulada.

Nessa circunstância, à míngua da existência de lei regulamentadora, o STF foi instado a se manifestar sobre a questão no momento dos julgamentos dos Mandados de Injunção números 670, 708 e 712. Nessas ações, sindicatos de servidores buscavam assegurar o direito de greve para seus filiados e reclamavam da omissão legislativa do Congresso Nacional em regulamentar a matéria.

O Plenário do STF declarou a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamentasse o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, aplicar ao setor, no que coubesse, a lei de greve vigente no setor privado (Lei 7.783/89). A decisão destacou a ausência de atitude do Congresso Nacional que, desde a Constituição de 1988, não aprovou a lei específica para regulamentar a greve no serviço público. Ressalta-se, ainda, que, “de maneira inédita, o STF decidiu comunicar ao órgão – Congresso Nacional – sua mora legislativa e aplicar a norma ao caso concreto, ou seja, utilizar a Lei 7.783/90.”<sup>494</sup>

Deve-se observar que o Supremo Tribunal Federal modificou, de forma substancial, a técnica de decisão do mandado de injunção no julgamento mencionado. Afastou-se da posição inicialmente praticada, de mera declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica “e aceitando a possibilidade de garantir, de alguma forma, o exercício dos direitos assegurados na Constituição Federal, sem que essa postura importe em violação ao princípio da separação dos Poderes, posto que não se trata de atividade legiferante do Poder Judiciário, mas apenas uma regulação provisória”.<sup>495</sup>

---

490 STF. **STF fixa prazo para Congresso Nacional criar fundo de execuções trabalhistas**. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=510263&ori=1#:~:text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal,das%20Execu%C3%A7%C3%B5es%20Trabalhistas%20\(Funget\)](https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=510263&ori=1#:~:text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal,das%20Execu%C3%A7%C3%B5es%20Trabalhistas%20(Funget).). Acesso em: 06 set. 2023.

491 STF. **STF: Congresso deve criar fundo de execuções trabalhistas em 24 meses**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/389653/stf-congresso-deve-criar-fundo-de-execucoes-trabalhistas-em-24-meses>. Acesso em: 06 set. 2023.

492 BRASIL. **Secretaria de Comunicação Social da Procuradoria Geral da República: PGR pede que Congress regule direitos dos trabalhadores contra demissão arbitrária ou sem justa causa**. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/pgr-pede-ao-stf-que-exija-do-congresso-regulamentacao-de-demissao-sem-justa-causa/#:~:text=Entenda%20PGR%20pede%20ao%20STF%20que%20exija%20do%20de%20demiss%C3%A3o%20sem%20justa%20causa&text=O%20procurador%20Dgeral%20da%20Rep%C3%BAblica,arbitr%C3%A1rias%20ou%20sem%20justa%20causa>. Acesso em: 06 set. 2023.

493 InfoMoney. **PGR pede ao STF que exija do Congresso regulamentação de demissão sem justa causa**. Estadão conteúdo. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/pgr-pede-ao-stf-que-exija-do-congresso-regulamentacao-de-demissao-sem-justa-causa/>. Acesso em: 06 set. 2023.

494 FIGUEIREDO, Fernanda Mendonça dos Santos. Supremo deu efetividade ao Mandado de Injunção. **Revista Consultor Jurídico – CONJUR**. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2008-nov-04/supremo\\_deu\\_efetividade\\_mandado\\_injuncao](https://www.conjur.com.br/2008-nov-04/supremo_deu_efetividade_mandado_injuncao). Acesso em: 22 set. 2023.

495 GALLO, Luiz Carlos, FACHIN, Zulmar. O mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**, v.12, n.1, p. 343-352, jan/jun., 2012, p. 350-351.

### 3. A REGULAMENTAÇÃO POR LEI DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Inexiste qualquer dúvida sobre a importância dos remédios constitucionais, que são os instrumentos mais importantes para a efetivação dos direitos fundamentais. Consideram-se verdadeiras armas, dispostas ao povo, em prol da realização desses direitos.

Entretanto, apesar disso, e dentre todos os remédios, o mandado de injunção, inacreditavelmente, ainda sofre uma enorme resistência prática. Uma das razões pode ser a demora na regulamentação do dispositivo constitucional. Era o único desses instrumentos que, até 2016, ainda não tinha recebido uma regulamentação infraconstitucional, o que ocorreu apenas pela Lei 13.300.<sup>496</sup>

Dentre as ações constitucionais, o mandado de injunção é o que mais possibilita a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente no tocante à nacionalidade, soberania e cidadania, que, se tão abrangentes, podem titular desde um direito de greve do funcionalismo público, como o direito a uma aposentadoria especial.

Um dos aspectos mais importantes relacionados ao mandado de injunção é o alcance (ou os efeitos) da decisão. Sobre esse tema é possível relacionar quatro posicionamentos jurídicos. O primeiro deles denomina-se posição concretista geral, cujo entendimento considera que, por meio de normatividade geral, o STF supre a omissão normativa, produzindo a decisão efeitos *erga omnes* até que sobrevenha norma integrativa do órgão omissor. O segundo deles chama-se posição concretista individual direta, pois, nesse caso, a decisão, implementando o direito, valerá somente para o autor do mandado de injunção, diretamente. Em terceiro lugar, pela posição concretista individual intermediária, julgando procedente o mandado de injunção, o Judiciário fixa ao órgão omissor prazo para elaborar a norma regulamentadora; findo o prazo, e permanecendo a inércia, o autor passa a ter assegurado o seu direito. Por fim, em quarto lugar, a posição não concretista pela qual “a decisão apenas decreta a mora do poder omissor, reconhecendo-se formalmente a sua inércia”.<sup>497</sup>

Em importante decisão, por unanimidade, o STF declarou a omissão legislativa e, por maioria, determinou a aplicação, no que couber, da lei de greve vigente no setor privados aos servidores públicos. Nesse caso específico, a aplicação da lei não se restringiu aos impetrantes, mas a todo o funcionalismo público. Pode-se afirmar, desse modo, que a Suprema Corte do Brasil, em referido julgamento, consagrou a teoria concretista geral.

### 4. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO

Deve-se, também, apresentar alguns aspectos relacionados ao mandado de injunção coletivo.

A Lei 13.300, de 23 de junho de 2016, nos seus arts. 12 e 13, trata de forma específica do mandado de injunção coletivo.

Considera legitimados para a demanda o Ministério Público, partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical e a Defensoria Pública (art. 12, incisos I e IV). No parágrafo único desse dispositivo apresenta um importante conceito: “Os direitos, as liberdades e as prerrogativas na lei protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria”.<sup>498</sup>

Como se pode notar, verifica-se a salutar pluralidade de legitimados ativos para o manejo do mandado de injunção coletivo, com importante destaque para o Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente significativa para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis e da Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º. da Constituição de 1988.

496 Brasil. **Lei 13.300, de 23.06.2016**. que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: [497 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. \*\*Você conhece o Mandado de Injunção?\*\* Veja 15 tópicos essenciais. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/escola/modulos/noticias/415870>. Acesso em: 22 jul. 2023.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/13300.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.300%2C%20DE%202023,Art. Acesso em: 22 jul. 2023.</a></p></div><div data-bbox=)

498 BRASIL. **Lei n.13.300, de 23 de junho de 2016**. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: [132](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/13300.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.300%2C%20DE%202023,Art. Acesso em: 22 jul. 2023.</a></p></div><div data-bbox=)

Também inova a Lei 13.300/2016 ao legitimar o partido político com representação no Congresso Nacional “para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária”.<sup>499</sup>

De forma diferente do parágrafo único do art. 21 da Lei 12.016/2009 (do Mandado de Segurança), ao estabelecer que os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser coletivos ou individuais homogêneos, não incluindo expressamente os direitos difusos, o parágrafo único do art. 12 da Lei 13.300/2016 (do Mandado de Injunção) instituiu que os direitos, liberdades e prerrogativas protegidos pelo mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.

Transparece a certeza que o legislador não quis se utilizar da clássica divisão doutrinária de direitos coletivos *lato sensu* em direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos. Com certeza, “essa técnica evitará maiores discussões acerca de quais os direitos coletivos podem ser tutelados pelo mandado de injunção, já que a lei não faz qualquer restrição”.<sup>500</sup>

Muito antes da edição dessa lei, em 1989/1990, logo após a edição da Carta Magna, José Afonso da Silva já explicava que o mandado de injunção constituía-se em um “remédio coletivo”, já que pode ser impetrado por sindicato (art. 8º., III) “no interesse de Direitos Constitucionais de categorias de trabalhadores quando a falta de norma regulamentadora desses direitos inviabiliza seu exercício”.<sup>501</sup>

O mesmo doutrinador apresentava o exemplo da participação no lucro das empresas, afirmando ser direito reconhecido pela Constituição aos trabalhadores no art. 7º., XI, dependente de regulamentação legal. Explicava que se essa normatização não viesse aí o direito previsto ficaria inviabilizado, e isso seria pressuposto do mandado de injunção. Acrescentava que, conforme o art. 8º., III, da Constituição de 1988, os sindicatos são partes legítimas para defender direitos e interesses da categoria, “o mandado de injunção utilizado em tal situação, como o proposto por qualquer outra entidade associativa nos termos do art. 5º., XXI, assegura a natureza de coletivo”.<sup>502</sup>

O vaticínio do Professor José Afonso da Silva não precisou de concretização. Em 19 de dezembro de 2020 foi promulgada a Lei 10.101, que dispôs sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências, afirmando, já no art. 1º.: “esta Lei regula a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa como instrumento de integração entre o capital e o trabalho e como incentivo à produtividade, nos termos do art. 7º., inciso XI, da Constituição”.<sup>503</sup>

## 5. O CASO DO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO E SUA LEI NORMATIZADORA

Há um exemplo muito interessante de aplicabilidade do mandado de injunção ao Direito do Trabalho buscando regular dispositivo constitucional.

A Constituição determina que o aviso prévio deve ser “proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei” (art. 7º., XXI).<sup>504</sup> O Congresso Nacional, entretanto, permaneceu inerte, deixando de editar a lei, apesar de transcorridas mais de duas décadas da promulgação da Carta Magna de 1988.

Tendo em vista a inércia legislativa, foram ajuizados Mandados de Injunção perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal, distribuídos sob os números 943/DF, 1010/DF, 1074/DF e 1090/DF. Em

499 CABRAL, Francisco. **Mandado de injunção como instrumento do controle difuso para coibir omissão legislativa na tutela de direitos subjetivos e sua disciplina estabelecida pela Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77044/mandado-de-injuncao-como-instrumento-do-controle-difuso-para-coibir-omissao-legislativa-na-tutela-de-direitos-subjetivos-e-sua-disciplina-estabelecida-pela-lei-n-13-300-de-23-de-junho-de-2016>. Acesso em: 25 jul. 2023.

500 CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas; RIBEIRO, Ana Célia de Sousa. Comentários à Lei 13.300/2016: a deferência do Poder Legislativo ao entendimento jurisprudencial sobre o mandado de injunção. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, DF, v. 31, n. 1, 2019 (p. 29-41), p. 34.

501 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 6. ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2. tiragem, 1990, p. 397.

502 *Ibidem*.

503 BRASIL. **Lei 10101, de 19 de dezembro de 2000.** Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/10101.htm#:~:text=L10101&text=LEI%20No%2010.101%2C%20DE%2019%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202000.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20participa%C3%A7%C3%A3o%20dos,empresa%20e%20d%C3%A1%20o%20provid%C3%AAs..](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10101.htm#:~:text=L10101&text=LEI%20No%2010.101%2C%20DE%2019%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202000.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20participa%C3%A7%C3%A3o%20dos,empresa%20e%20d%C3%A1%20o%20provid%C3%AAs..) Acesso em: 25 jul. 2023.

504 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 09 ago. 2023.

22.06.2022, o STF iniciou a análise do caso, assentando a necessidade de corrigir a paralisia legislativa sobre o tema.

O Min. Gilmar Mendes, ao reconhecer a mora legislativa, julgou procedente o pedido, fazendo um retrospecto sobre a evolução do Supremo quanto às decisões proferidas em sede de mandado de injunção: da simples comunicação da mora à solução normativa e concretizadora. Destacou que, no tocante ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, o Min. Carlos Velloso, em voto vencido, construiu solução provisória, fixando-o em “10 dias por ano de serviço ou fração superior a 6 meses, observado o mínimo de 30 dias”. Aduziu, entretanto, que essa equação também poderia ser objeto de questionamento, porquanto careceria de amparo fático ou técnico, uma vez que a Constituição conferira ao Poder Legislativo a legitimidade para resolver a lacuna. O Min. Luiz Fux acrescentou que o art. 8º. da CLT admitiria como método de hétero-integração o direito comparado e citou como exemplos legislações da Alemanha, Dinamarca, Itália, Suíça, Bélgica, Argentina e outras. Apontou, ainda, uma Recomendação da Organização Internacional do Trabalho-OIT sobre a extinção da relação trabalhista. Por sua vez, o Min. Marco Aurélio enfatizou que o critério a ser adotado deveria observar a proporcionalidade exigida pelo texto constitucional e propôs que também se cogitasse de um aviso prévio de 10 dias – respeitado o piso de 30 dias – por ano de serviço transcorrido. O Min. Cezar Peluso sugeriu como regra para a situação em debate que o benefício fosse estipulado em um salário mínimo a cada 5 anos de serviço. O Min. Ricardo Lewandowski, por seu turno, mencionou alguns projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional. Diante desse panorama, o Relator Min. Gilmar Mendes acentuou a existência de consenso da Corte quanto ao provimento do Writ e à necessidade de uma decisão para o caso concreto, cujos efeitos inevitavelmente se projetariam além da hipótese sob apreciação. Após salientar que a mudança jurisprudencial referente ao mandado de injunção não poderia retroceder, e tendo em conta a diversidade de parâmetros que poderiam ser adotados para o deslinde da controvérsia, indicou a suspensão do julgamento, o qual deverá prosseguir para explicitação do dispositivo final.<sup>505</sup>

Consta no site do STF que “o Tribunal julgou procedentes quatro pedidos formulados em mandado de injunção para declarar a mora legislativa do Congresso Nacional na regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º., XXI, da Constituição de 1988, e para determinar a comunicação da decisão a esse órgão”.<sup>506</sup>

Conforme noticiado pela imprensa, o Presidente da Câmara dos Deputados participou de uma reunião com integrantes do STF para debater o tema. Nessa oportunidade recebeu o alerta que uma decisão definitiva da Corte dificultaria a votação da questão na Câmara e que o Judiciário, ao apreciar o tema, auxiliou o Congresso a “desobstruir” as negociações outrora encetadas entre empregadores e empregados.<sup>507</sup>

Passadas duas semanas da aludida reunião, o Congresso Nacional aprovou lei para regulamentar o dispositivo constitucional, aumentando para até noventa dias o aviso prévio.<sup>508</sup> Esse caso demonstra, de forma clara, que o STF deixou de ser um órgão que exerce atividade legislativa negativa, tornando-se um influenciador direto da atuação do Congresso Nacional, inclusive na pauta de votações dessa Casa Legislativa.

A lei promulgada, finalmente, 23 anos depois da Constituição de 1988, regulou o aviso proporcional ao tempo de serviço. Ao aviso prévio de 30 dias, concedido aos empregados que contem até um ano de serviço na mesma empresa, foram acrescidos três dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de sessenta dias, perfazendo um total de noventa dias.

Sobre a aplicabilidade da lei, considerando a existência de contratos de trabalho findos ou em andamento, significativa orientação nos é dada pelo seguinte texto: “o aviso prévio proporcional refere-se a direito adquirido, por conta de sua previsão constitucional, mas não concedido. Deve-se, então, aplicar a regra da contagem do tempo de serviço vigente no momento da extinção do contrato de trabalho, que é

---

505 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 943/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 22.06.2011. **Boletim Informativo n. 632 do Supremo Tribunal Federal de 20 a 24 de junho de 2011**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em: 09 ago. 2023.

506 STF. **Julgamentos de especial relevância – 2018**. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaPesquisaGeral&pagina=casos\\_notorios\\_2018](https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaPesquisaGeral&pagina=casos_notorios_2018). Acesso em: 09 ago. 2023.

507 CABRAL, Maria Clara; SELIGMAN, Felipe. Câmara e STF negociaram aviso prévio. **Folha de São Paulo**, 23.09.2011, Caderno Mercado, B3.

508 BRASIL. **Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011**. Dispõe sobre o aviso prévio e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12506.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12506.htm). Acesso em: 09 ago. 2023.

*quando o direito é materializado, não havendo que se falar em cômputo do tempo de serviço somente a partir da promulgação da nova lei”.*<sup>509</sup>

Para os demitidos antes de 13.10.2011, quando foi promulgada a Lei 12.506/2011, pode haver direito ao aviso prévio proporcional desde que tenham ajuizado ação no STF até aquela data, e antes da demissão ter completado dois anos. Essa decisão foi tomada pela Suprema Corte, cuja ementa é a seguinte: “O direito ao aviso prévio proporcional é assegurado a todos aqueles que impetraram um mandado de injunção em data anterior à entrada em vigor da Lei n.12.506/2011, em 13.10.2011, de acordo com os critérios legais. Jurisprudência do Plenário: Mandados de Injunção 943, 1010, 1074 e 1090”.<sup>510</sup>

Por fim, discutiu-se, durante certo período, se a proporcionalidade do aviso prévio, tendo em vista o tempo de serviço, também se constituía em direito do empregador. A Subseção de Dissídios Individuais 1-SBDI1 do E. TST, no E – RR- 1964 – 73. 2013. 5.09.0009, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann concluiu que a proporcionalidade do aviso prévio apenas pode ser exigida da empresa; que entendimento contrário, isto é, exigir que também o trabalhador cumpra aviso prévio superior aos originários trinta dias, constituiria alteração legislativa prejudicial ao empregado, o que, pelos princípios que norteiam o ordenamento jurídico trabalhista, não se pode admitir. A conclusão foi que a norma jurídica relativa ao aviso prévio proporcional não guarda a mesma bilateralidade característica da exigência de trinta dias, essa sim obrigatória a qualquer das partes que intentarem rescindir o contrato de emprego.<sup>511</sup>

Pode-se, em síntese, concluir, portanto, que, nos termos do *caput* do art. 7º., da Constituição de 1988, todos os incisos, do I ao XXXIV, representam direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, que visam à melhoria de sua condição social. Interpretar-se de forma diversa, parece-nos, será atentar contra o texto constitucional.

## CONCLUSÃO

A elaboração deste trabalho levou em conta a importância da Constituição da República Federativa do Brasil e em qual medida serviu para o aperfeiçoamento do Direito do Trabalho.

Optou-se por examinar o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, analisando-se o surgimento inovador do primeiro instituto, e diferenciando os dois instrumentos jurídico – processuais.

Também considerou-se necessário explicar como se regulamentou o instituto do mandado de injunção, e como se diferenciam quando tratam de questões individuais ou coletivas.

Embora não sejam muitas, são consideradas importantes as manifestações em prol da regulamentação de matérias de natureza trabalhista, como o aviso prévio por tempo de serviço, o direito de greve dos servidores públicos, a proteção contra a automação, a edição de lei regulamentadora do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas e o direito dos trabalhadores urbanos e rurais relativamente à despedida arbitrária ou sem justa causa.

---

509 NASCIMENTO, Sônia Mascaró. Aviso prévio proporcional não deve retroagir. **Revista CONJUR – Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-fev-22/aviso-previo-proporcional-nao-aplica-antiores-vigencia>. Acesso em: 09 ago. 2023.

510 STF – Ag. Reg. no Mandado de Injunção 4831 – Rel. Min. Teori Zavascki – j. 16.05.2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4395534>. Acesso em: 09 ago. 2023.

511 TST. **TST decide que aviso prévio proporcional é obrigação limitada ao empregador**. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/-/tst-decide-que-aviso-previo-proporcional-e-obrigacao-limitada-ao-empregador>. Acesso em: 09 ago. 2023.



**A QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO  
EXTRAPATRIMONIAL: O ASSENTAMENTO DA LEGISLAÇÃO  
LABORAL COM A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL NO VOTO CONJUNTO DAS ADI 5.870, 6.050, 6.069  
E 6.082**

THE QUANTIFICATION OF INDEMNITY FOR NON-  
MATERIAL DAMAGES: THE EMPLOYMENT LEGISLATION WITH  
THE DECISION OF THE FEDERAL SUPREME COURT IN THE  
JOINT VOTE OF ADI 5,870, 6,050, 6,069 AND 6,082

Nádia Regina de Carvalho Mikos<sup>512</sup>

Rafael Henrique Mendes dos Reis<sup>513</sup>

**RESUMO:** O estudo toma como ponto de partida as decisões oriundas das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 5.870, 6.050, 6.069 e 6.082, julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, tomadas como norte para o julgamento das questões envolvendo as disposições inseridas na Consolidação das Leis do Trabalho por meio da Reforma Trabalhista. Para dar suporte à análise, partiu-se da caracterização do dano extrapatrimonial, das dificuldades do estabelecimento do *quantum* indenizatório e da forma encontrada pela Corte Suprema para balizar as decisões, até então contundentes e complexas nessa seara. Enfrentou-se, assim, neste estudo, a análise do ajuste interpretativo da legislação laboral, sob o manto constitucional, à questão da indenização do dano extrapatrimonial, a partir dos julgamentos das ações indicadas e tendo em vista as dificuldades encontradas para balizamento do valor indenizatório. Buscou-se avaliar, também, o impacto que o resultado dos julgamentos imporá ao posicionamento dos operadores do Direito Laboral, posto que, doravante, a tendência hermenêutica é a de assentamento da legislação laboral nas questões de fixação de parâmetros e tabelamento para quantificação da indenização do dano extrapatrimonial. O estudo se divide em três capítulos, que refletem como objetivos específicos analisar (i) a constitucionalização da indenizabilidade do dano extrapatrimonial; (ii) as dificuldades enfrentadas pelo julgador para fixação do valor de indenização, o impacto da Reforma Trabalhista de 2017 e o abrigo da Constituição Federal; e (iii) a visão do Supremo Tribunal Federal sobre as disposições do artigo 223-G da CLT e a quantificação da indenização por dano extrapatrimonial. A conclusão a que se chegou é de que o sistema jurídico, composto das normas legislativas, das questões principiológicas e do arcabouço doutrinário e jurisprudencial, resta enriquecido pelo novo olhar dado à questão pelo Supremo Tribunal Federal, consolidando, de vez, a Constituição Federal como único norte possível a abrigar as discussões acerca do tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dano extrapatrimonial. Indenizabilidade. Análise da sua constituição. Limites estabelecidos. Constituição Federal.

---

512 Doutora em Direito. Advogada. Coordenadora do Curso de Especialização em Direito e Relações do Trabalho da PUCPR. Professora em Cursos de Pós-Graduação na PUCPR. Na Escola Superior da Advocacia (PR e SP) e na Universidade Católica de Joinville/SC. Membro da Câmara Nacional de Arbitragem Trabalhista. Presidente da 14ª. Turma e Membro Titular da Câmara Especial no Tribunal de Ética da OAB PR. Autora dos livros "Dano Extrapatrimonial Laboral", lançado no Brasil e em Portugal (2018) e "Indenização para reparação do dano moral sofrido pelo empregado: incertezas e efeitos dos critérios doutrinários e jurisprudenciais", em formato *e-book*, publicado pela Editora Clássica (2012). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9215692829627389>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6598-6857>.

513 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Advogado. Aluno de especialização em Direito e Processo do Trabalho e Previdenciário na Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Membro do Núcleo de Estudos Avançados de Direito do Trabalho e Socioeconômico (NEATES), Grupo de Pesquisa da UFSC. Membro do corpo editorial da Revista Acadêmica de Direito Avant. Membro da Comissão Acadêmicos de Direito da OAB/SC. E-mail: [reis.rhm@gmail.com](mailto:reis.rhm@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6030650883818372>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-3186-0019>.

**ABSTRACT:** The study takes as its starting point the decisions arising from the Direct Actions of Unconstitutionality n°s 5.870, 6.050, 6.069 and 6.082, judged by the Federal Supreme Court, taken as a guide for the judgment of issues involving the provisions inserted in the Brazilian Consolidation of Labor Laws through of the Labor Reform. In order to support the analysis, the starting point was the characterization of non-material damage, the difficulties in establishing the quantum of indemnity and the way found by the Supreme Court to guide the decisions, until then blunt and complex in this area. Thus, in this study, the analysis of the interpretative adjustment of labor legislation, under the constitutional mantle, was faced with the issue of compensation for non-material damage, based on the judgments of the indicated actions and under the view of the difficulties encountered in defining the indemnity value. An attempt was also made to evaluate the impact that the outcome of the judgments will impose on the position of the operators of Labor Law, since, from now on, the hermeneutic tendency is to settle the labor legislation on issues of setting parameters and tables for quantifying the indemnity of non-pecuniary damage. The study is divided into three chapters, which reflect as specific objectives to analyze (i) the constitutionalization of indemnity for non-material damage; (ii) the difficulties faced by the judge in setting the indemnity amount, the impact of the 2017 Labor Reform and the Federal Constitution; and (iii) the view of the Federal Supreme Court on the provisions of article 223-G of the CLT and the quantification of compensation for non-material damage. The conclusion reached is that the legal system, composed of legislative norms, principled issues and the doctrinal and jurisprudential framework, remains enriched by the new look given to the issue by the Federal Supreme Court, consolidating, once and for all, the Federal Constitution as the only north possible to shelter the discussions about the theme.

**KEYWORDS:** Non-material damage. Compensation. Analysis of its constitution. Established limits. Federal Constitution.

## INTRODUÇÃO

Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal proferiu a decisão conjunta nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n°s 5.870, 6.050, 6.069 e 6.082, este estudo versa, justamente, sobre o mesmo objeto analisado pela Corte Suprema: o assentamento da legislação trabalhista e o balizamento das decisões do Poder Judiciário acerca da quantificação da indenização por dano extrapatrimonial, a partir da decisão nas referidas Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

O tratamento legislativo concedido às questões da indenizabilidade do dano extrapatrimonial (ou imaterial) teve seu marco regulatório a partir da promulgação da Constituição Federal, não obstante a ocorrência efetiva do dano já se materializasse nas mais diversas vertentes das relações sociais desde tempos longínquos.

O obstáculo à questão se apresentava nas teorias do não estabelecimento do preço à dor, na ausência de dispositivo legal capaz de sustentar a possibilidade e a necessidade da compensação e, também, na subjetividade na análise de sua ocorrência.

Não obstante, mesmo após sedimentada no texto constitucional, a indenizabilidade do dano continuou sendo objeto de celeumas, seja em razão da estipulação valorativa a cada ofendido, seja em discussão a respeito dos critérios utilizados para essa paga indenizatória.

Assim, ainda que o texto constitucional estabelecesse a obrigatoriedade da indenização, a exemplo do que se via em legislações originárias como a Lei das XII Tábuas e a Lei de Talião (revelando, portanto, que o tema não é novel), continuou-se a criar obstáculos à sua implementação.

Na esfera trabalhista, onde a ocorrência da lesão se mostrava estatisticamente crescente, as demandas que tratavam da violência à esfera extrapatrimonial de seus atores, notadamente o trabalhador, recebiam resposta judicial que não atendia, à completeza, os princípios mais mezinhos insertos na Carta Constitucional, num verdadeiro enfrentamento legislativo.

Por isso, as decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, provocadas pela proposição das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que questionavam a aplicação literal do texto reformista, ajustaram o caminho a ser percorrido pelos operadores do Direito.

Nesse sentido, a problemática trazida é manifestada por meio da seguinte indagação: em que medida a legislação laboral se assentou adequadamente na indenização do dano extrapatrimonial?

Para responder a esse questionamento, formula-se a hipótese de que a legislação laboral se assentou adequadamente quanto à fixação de parâmetros e tabelamento para quantificação da indenização do dano extrapatrimonial, na medida em que o Supremo Tribunal Federal decidiu, no voto conjunto das ADI nºs 5.870, 6.050, 6.069 e 6.082, por conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 223-G da CLT, determinando que os critérios do parágrafo 1º deste artigo servem como orientação e não como limitação da discricionariedade do magistrado em analisar o caso concreto.

Este estudo tem por objetivo principal demonstrar a factibilidade das decisões, que trouxeram um novo norte à interpretação legal, cuja base normativa centrou-se na Constituição Federal.

## 1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA INDENIZABILIDADE DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Para tratar da indenização cabível ao dano extrapatrimonial, é indispensável realizar uma abordagem de formação histórica a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pois a Carta Cidadã se estabeleceu como o marco indenizatório, sem se olvidar do desenvolvimento do conceito de dano extrapatrimonial e de sua indenizabilidade, em especial para a esfera laboralista (cujo fundamento maior se deu com a edição da Emenda à Constituição nº 45/2004) e, ainda, o começo de sua quantificação com noções de tabelamento dos valores indenizatórios. Este é o mote deste estudo, com objetivo precípuo de reconhecer na Constituição Federal de 1988, o abrigo definitivo para as questões de indenizabilidade do dano imaterial.

De início, este estudo faz remissão a outro já elaborado, cuja temática tratou de apresentar os caminhos percorridos pela indenizabilidade do dano<sup>514</sup>, utilizado neste texto como ponto de partida (realizando uma breve recapitulação de pontos chave) para analisar o assentamento da quantificação do valor de indenização por dano extrapatrimonial após a decisão do STF.

Então, importa destacar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também conhecida por Carta Cidadã, deu origem a uma nova face às responsabilidades indenizatórias (incluindo o dano moral como indenizável), trazendo forte caráter humanista ao ordenamento jurídico pátrio. Justamente nesse sentido, o princípio da dignidade humana ganha caráter de fundamento constitucional, passando a servir de norte orientador para todo o sistema jurídico.

A partir deste princípio, a responsabilização e a consequente indenização por dano imaterial tiveram novas proporções, tal qual já ocorria com a indenização por dano material (consolidada nas disposições civis brasileiras). Esta disposição se vê positivada no artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal.

Ademais, também se observa a materialização da indenizabilidade pelo dano moral no Código de Defesa do Consumidor em 1990. Este diploma reconheceu a indenização pelo dano moral causado como um dos direitos do consumidor, consoante se observa da disposição do Código Civil de 2002 ao reconhecer o dano extrapatrimonial em seu artigo 186.

Como delineado, até a Constituição Federal de 1988, apenas se tratava da indenização ao acervo patrimonial que podia ser medido financeiramente, nele incluídos o dano emergente e os lucros cessantes. A justificativa para se indenizar apenas este residia na ausência de previsão legal que protegesse o acervo imaterial (entendido como aquele extrapatrimonial ou moral), bem como na alegação de que ao indenizá-lo, estar-se-ia precificando a dor (no brocardo latino *pretium doloris*).

Após a promulgação da Carta Cidadã, que previu a responsabilização (e consequente indenização) pelo dano imaterial, buscou-se suporte na teoria da reparação integral, segundo a qual a indenização deve ser a mais completa possível.

Nesse ponto, apenas a título pedagógico, vale relembrar a diferenciação entre os tipos de dano classificados doutrinariamente: o dano material e o dano imaterial.

---

514 Para maior aprofundamento no tema sugere-se a leitura da íntegra do texto em: MIKOS, Nádia R. C. & Mikos, Natalia R.C. A Constituição Cidadã e a Inserção da Indenização do Dano Moral: Caminhos de Construção, Desconstrução e Reconstrução na Esfera Laboral. In: Bacellar, R.M.B.; CAMPAGNOLI, A.de F. P. F.; GUNTHER, L. E.; SILVA, E.D.; VILLATORE, M.A.C. (coordenadores). **Constituição de 1988 e Reforma Trabalhista**. Interpretações e Análises. Estudos em Homenagem ao Professor e Advogado Carlos Roberto Ribas Santiago. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2019, p. 91-106. Em outra visão interessante sobre o tema, aprofundando a questão da ética nas relações de trabalho, do dano moral e existencial, sugere-se a leitura do livro: MIKOS, Nádia Regina de Carvalho. **Dano extrapatrimonial laboral**: desjudicialização, investigação e prevenção. Curitiba: Juruá Editorial, 2018.

O dano material é aquele que busca restaurar a violação causada mediante restituição financeira ao bem patrimonial lesado, visando retornar ao *status quo ante*. Dadas as suas características de bem economicamente apreciável, a reparação se torna possível, plausível e concreta.

O mesmo não acontece, entretanto, com o dano imaterial (que comporta o acervo moral, psíquico e físico do ofendido) pois se parte da premissa de que não é possível reparar o mal causado, já nenhum valor monetário restauraria o bem violado (valores, corpo físico/estético, psicológico, emoções, entre outros que remetem ao que compõe o aspecto “moral” da vítima). A indenização teria, na verdade, um objetivo compensatório e não restaurador ou reparador.

O início do trilhar da análise da responsabilização e da indenizabilidade por dano extrapatrimonial<sup>515</sup> no Poder Judiciário se deu com o estabelecimento da competência para julgar as demandas à Justiça Estadual, independente do ambiente e situação em que ocorreria o ato lesivo. Com isso, mesmo as demandas que envolviam a relação de trabalho estavam sob a competência da Justiça Estadual, que não contempla a especialização necessária para tratamento das questões laborais.

A celeuma foi resolvida com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 (dezesesseis anos após a promulgação da Constituição de 1988), que transferiu a competência para o julgamento das ações de dano moral e patrimonial ocorridos nas relações laborais para a Justiça do Trabalho.

Com este cenário (tanto no âmbito civil, quanto no âmbito trabalhista), verificou-se uma “banalização” do dano moral, manifestada na excessiva propositura de demandas, com muitos dos casos retratando apenas mero desconforto ou aborrecimento (que, por vezes, sequer tinha real e efetivamente ocorrido). Tal cenário se deve a uma sensação de demanda reprimida – uma sociedade com indivíduos que sofriam dano extrapatrimonial, mas que nunca tiveram tal bem jurídico imaterial tutelado e após a positivação desta proteção legal, ansiava pela tutela do Estado.

Na seara trabalhista, observou-se a ocorrência de outro fenômeno de banalização (além do acima elencado): o requerimento de condenação equivalente aos danos extrapatrimoniais era inserido nas reclamações judiciais apenas para aumentar o valor da causa e, conseqüentemente, de acordo livre de tributação.

A soma destes cenários afastou uma eficiente prestação jurisdicional, bem como relegou o tema a menor relevância. E isto redundou - na análise da quantificação da indenização - em grande discrepância de valores (mesmo em casos ocorridos numa mesma época, no mesmo ambiente de trabalho e com o mesmo agressor) e ausência de parâmetros que permitissem delinear a valoração indenizatória (encontrando-se diferentes valores de fixação em uma mesma Corte).

Veza constatada esta disparidade na quantificação, bem como a necessidade de um melhor desenvolvimento e delimitação do conceito de dano extrapatrimonial e a forma como a tutela ao direito deve ser postulado no Poder Judiciário, a Reforma Trabalhista de 2017 trouxe um conjunto de artigos que objetivaram corrigir tais distorções.

Entre as modificações está a inclusão da figura do “dano existencial” como uma categoria diferente do dano moral que não iria exaurir os casos; conferiu parâmetros e linhas gerais não só para o requerimento da indenização, mas também para o julgador fixar o montante indenizatório.

Dessa maneira, a Reforma Trabalhista incluiu um subtítulo às Normas Gerais de Tutela do Trabalho, Título II-A, incluindo o art. 223, dando-lhe as letras A a G, para tratar especificamente do Dano Extrapatrimonial.

Analisando com maior profundidade o Título II-A, “Do dano extrapatrimonial”, com foco no artigo 223 e em suas letras (A até G), importa destacar alguns pontos: i) o estabelecimento dos dispositivos inclusos pela Reforma como os únicos que podem ser aplicados ao tratar da reparação do dano extrapatrimonial e ii) o tabelamento para quantificar o valor da indenização.

Quanto ao primeiro ponto, observa-se um equívoco do legislador ao colocar os referidos dispositivos como as únicas fontes a serem aplicadas aos casos de reconhecimento da ocorrência do dano extrapatrimonial.

---

515 Importante destacar que a designação de “dano extrapatrimonial” foi recepcionada à legislação laboral com a Reforma Trabalhista (Lei nº 13467/2017) ao inaugurar um Capítulo acerca do tema, inserindo o “dano existencial” como integrante do conjunto “dano extrapatrimonial”.

Especialmente no que trata do dano extrapatrimonial, o art. 223-A e o art. 223-C revelam equívoco legislativo ao estabelecer a Reforma como única fonte dispositiva da reparabilidade do dano e fixar um rol taxativo de bens jurídicos tutelados. Explica-se.

O artigo 223-A, da CLT, possui a seguinte redação: “*Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título*”.

Já o artigo 223-C estabelece: “*A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física*”.

A incongruência se encontra no estabelecimento (pela lei reformista) de um rol de direitos abrangidos pela indenizabilidade. Entretanto, apesar da tentativa legislativa, o rol deve ser meramente exemplificativo e não taxativo. Inclusive, essa pretensão se encontra ao *caput* do art. 223-A, da CLT, ao referir “apenas os dispositivos deste título”, bem como o art. 223-C, do mesmo diploma legal, em que dispõe: “*são os bens juridicamente tutelados*”<sup>516</sup>. Ou seja, visando restringir a aplicação de reparação por danos extrapatrimoniais apenas aos casos em que esta lei elencar.

Denunciando a mesma impropriedade, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) manifestou-se já em 2018, no XIX Conamat, firmando o entendimento de que “*É de natureza exemplificativa a enumeração dos direitos personalíssimos dos trabalhadores constante do novo artigo 223-C da CLT, considerando a plenitude da tutela jurídica à dignidade da pessoa humana, como assegurada pela Constituição Federal (artigos 1º, III; 3º, IV, 5º, caput e §2º)*”<sup>517</sup>.

Assim, as disposições que buscavam dar contorno estrito à indenizabilidade do dano extrapatrimonial, feriam mortalmente a Constituição Federal, cujo abrigo sistemático dava à questão uma amplitude muito mais significativa.

Além disso, a restrição que se buscou impor pela via da Reforma Trabalhista também confrontaria a dinâmica social, que acabaria por reconhecer situações diferentes das listadas e que merecem ser tuteladas da mesma maneira que as positivadas.

Agora, quanto ao segundo ponto, o tabelamento para a quantificação da indenização por dano extrapatrimonial, o art. 223-G buscou dar contornos e balizas que o juiz deveria considerar quando fosse quantificar o dano.

Ocorre que estes critérios não são inéditos, mas sim uma manifestação daquilo que a maioria dos julgadores já aplicava. Ressalte-se que a indenização não deve ser causa de enriquecimento injusto do ofendido e nem levar o ofensor à falência, sendo essa uma premissa inafastável na avaliação do *quantum* indenizatório.

O ponto alto do tabelamento está no parágrafo primeiro do art. 223-G, da CLT, em que acaba por generalizar a ofensa (dando-lhes o mesmo tratamento na quantificação) e a limitação da indenização atrelada ao salário da vítima.

Nesse ponto, vale destacar a redução do número de demandas ajuizadas após a vigência da Reforma Trabalhista e a acessibilidade à tutela jurisdicional. Grande parte dessa redução pode ser atribuída ao estabelecimento de condenação por sucumbência. Tal receio (de assunção de verba sucumbencial) acabou por reduzir a prática antes realizada de se colocar no pedido a condenação à indenização por danos extrapatrimoniais, para obtenção de poder de barganha e de acordos isentos de imposto.

Em análise final, o risco que esse método apresenta é o de que, em situações reais de ocorrência do dano extrapatrimonial e que deveriam merecer guarida do Poder Judiciário, sequer foram pleiteados, com grande receio da condenação por sucumbência.

Mas aos casos submetidos à análise e decisão judicial, houve (e ainda há) grande dificuldade para a fixação do valor de indenizações, mesmo após a edição da lei reformista.

---

516 A intenção fica clara ao analisar o próprio texto, no momento em que o legislador insere o artigo definido masculino plural “..são os bens juridicamente tutelados”. (grifo não é do original).

517 ANAMATRA. Reforma Trabalhista - Enunciados aprovados - 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017) - XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - Conamat (2018). Brasília: ANAMATRA, 2018, p. 14-19. Disponível em: [https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto\\_RT\\_Jornada\\_19\\_Conamat\\_site.pdf](https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf). Acesso em: 17 ago. 2023.



## 2. AS DIFICULDADES ENFRENTADAS PELO JULGADOR PARA FIXAÇÃO DO VALOR DE INDENIZAÇÃO E O IMPACTO DA REFORMA TRABALHISTA DE 2017. O ABRIGO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A questão da indenizabilidade do dano extrapatrimonial enfrentou um longo percurso, desde o seu reconhecimento constitucional até a questão do tabelamento, reinserida ao ordenamento jurídico pela Reforma Trabalhista.

Desde sua concepção como dano indenizável, o dano extrapatrimonial vem acompanhado de carente legislação que possa conceder, de modo efetivo, segurança jurídica às partes e à sua integral compensação.

Tão logo surgiu como texto constitucional – portanto, com abrigo capaz de balizar as decisões judiciais, as discussões de critérios indenizatórios se basearam em *modus operandi*, no mais das vezes, herdado da época da Ditadura, tendo como base a Lei de Imprensa<sup>518</sup> e o Código Brasileiro de Telecomunicações<sup>519</sup>, por ausência de normativas mais dirigidas especificamente à questão do *quantum* indenizatório.

Além, obviamente, de se buscar a reparação integral – ou o quanto mais próximo dela se pudesse chegar, a indenizabilidade do dano precisava, ainda, dar conta de instrumentalizar o viés pedagógico, ou seja, servir de barreira para eventos futuros.

Como não se dispunha de elementos objetivos para a quantificação indenizatória, os julgadores serviram-se, primeiramente, dos princípios norteadores que regem o sistema legal, extraídos da interpretação atenta da Constituição Federal, a fim de que a concessão da tutela jurisdicional estivesse mais adequada à sua finalidade, mas ao final se mostraram insuficientes para a compensação almejada.

Buscou-se, assim, na doutrina, elementos (ainda de caráter subjetivo) que pudessem aumentar a segurança da decisão judicial, a fim de que esta reestabelecesse o equilíbrio indispensável às relações sociais. Dado o seu elevado grau de acerto e judiciosidade, muitos destes elementos foram abrigados, ao final, pela Reforma Trabalhista.

Isto, no escopo de buscar suprir a lacuna de contornos valorativos indenizatórios – ponto que se estabeleceu como grande desafio para os julgadores e demais operadores do Direito - e que pudesse reestabelecer a harmonia social, evitando-se maiores efeitos deletérios à questão indenizatória<sup>520</sup>.

Assim, foram incorporados à razão de decidir, critérios subjetivos para análise da forma de composição do valor indenizatório, sempre se levando em conta os princípios do sistema jurídico e mais, como norte específico, os ditames constitucionais, segundo lições de Belmonte<sup>521</sup>.

Didaticamente divididos em categorias, sem diferenciação de grau de importância, tais critérios buscavam a análise, primeiramente, da natureza da ofensa, levando-se em conta a intensidade do grau de culpa, a concorrência desta e a gravidade da ofensa. Vale lembrar que estes critérios foram abrigados pela legislação reformista, à adoção de um sistema de dosimetria da pena.

Um segundo bloco de critérios teve por norte os efeitos da ofensa, considerando-se como agravantes o sofrimento e grau de humilhação, os reflexos sociais e pessoais do ato e a permanência ou temporalidade do dano, amparados na possibilidade de recuperação emocional da vítima (ou sua resiliência).

O terceiro bloco analisava as circunstâncias sociais, políticas e econômicas e o meio de propagação da ofensa, sempre com olhar voltado à premissa de que o valor indenizatório não deveria impor a ruína ao ofensor e o enriquecimento injusto da vítima.

O quarto bloco tratou de buscar elementos atenuantes à valoração indenizatória, calcados na retratação eficaz e eficiente e o esforço para minimizar a ofensa. A ocorrência do perdão, tácito ou expresso, também seria valorado.

Vale destacar, por sua importância, que a preocupação com a compensação da vítima, cujas raízes se encontravam no texto e nos princípios constitucionais, também se estendeu aos efeitos sociais que a lesão gerava (vez que as consequências da violação se estendem para além dos atores envolvidos na

518 Lei nº 5.250/67, revogada em 30 de maio de 2009, com declaração de sua inconstitucionalidade pela Corte Suprema do Brasil. A lei trata da responsabilidade civil atribuída àquele que “no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, como dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem fica obrigado a reparar” (art. 49 e seguintes).

519 Lei nº 4.117/62.

520 A esse respeito, vale a indicação bibliográfica: MIKOS, Nádia Regina de Carvalho. **Indenização para reparação do dano moral sofrido pelo empregado**: incertezas e efeitos dos critérios doutrinários e jurisprudenciais. São Paulo: Editora Clássica, 2012.

521 BELMONTE, Alexandre Agra. **Danos morais no direito do trabalho**. Identificação e composição dos danos morais trabalhistas. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

relação laboral) e, com isso, alternativas de estabelecimento de indenização voltada para um Fundo de Amparo ao Trabalhador também foram sendo incorporadas às razões de decidir.

Estas incertezas, que marcavam os resultados nas demandas judiciais, foram decisivas para que, na Reforma Trabalhista, se houvesse uma resolução eficiente, por meio da reinserção de um tabelamento econômico às questões da valoração indenizatória, segundo as justificativas legislativas (consubstanciada nas disposições do art.223-G, parágrafo 1º, da CLT).

Desde a sua edição até a promulgação, entretanto, inúmeras foram as reflexões a respeito da constitucionalidade desse tabelamento, seja em razão dos valores ali estabelecidos, que tinham por base o salário do ofendido, seja em razão da classificação da ofensa (leve, média, grave ou gravíssima).

Mesmo alicerçado em decisão conjunta de entendimento e aplicação da norma<sup>522</sup>, o Poder Judiciário laboralista continuava enfrentando dificuldades no estabelecimento em suas razões decisórias quanto à valoração econômica indenizatória do dano extrapatrimonial, bem como em relação aos bens abrigados pelo sistema indenizatório, cuja amplitude tinha sido claramente disposta na Constituição Federal.

### 3. A VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ARTIGO 223-G DA CLT E A QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL

Por essas razões, buscou-se na Corte Suprema, guardiã da Constituição, a solução para a celeuma instalada nas questões envolvendo as disposições do art. 223, letra G, da Consolidação das Leis do Trabalho, por meio da proposição de Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

De acordo com o relatório da ADI 5.870<sup>523</sup>, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) propôs esta Ação Direta de Inconstitucionalidade impugnando o artigo 223-G, § 1º, incisos I, II, III e IV, da CLT, que foi inserido pela Lei nº 13.467/2017, na redação da Medida Provisória nº 808/2017.

Sua alegação foi de que, mesmo que a Medida Provisória, ao alterar o dispositivo fixando um percentual sobre a mesma base de cálculo (o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social e não mais no salário do ofendido), tenha deixado de violar o princípio da isonomia, a lei não poderia limitar a atuação do Poder Judiciário na fixação do valor de indenização por dano moral, pois limitaria o exercício da jurisdição. Assim, sustentou que o uso de um percentual máximo sobre a base de cálculo poderia resultar na redução do direito à indenização.

Na sequência, com o término da vigência da Medida Provisória nº 808/2017, a requerente solicitou a desistência da ação por perda superveniente de objeto. Na sequência, propôs a ADI 6.050<sup>524</sup>, cujo objeto era a redação original do art. 223-G, § 1º, incisos I, II, III e IV, da CLT (redação que vincula o percentual sob a base de cálculo sendo do salário do ofendido).

Logo após, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com a ADI nº 6.069<sup>525</sup>, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 2º do artigo 223-G, que vincula a base de cálculo ao salário contratual do ofensor nos casos em que a vítima for pessoa jurídica.

Em síntese, as ADI discutidas versam sobre a constitucionalidade das normas da reforma trabalhista que limitaram o valor da indenização, em especial caso a base de cálculo se mantivesse sobre o salário contratual do ofendido e prever a aplicação exclusiva das normas da CLT nas matérias de dano extrapatrimonial.

Alega-se que os dispositivos constitucionais violados foram: art. 1º, III (princípio da dignidade humana), art. 3º (princípio da não discriminação), art. 5º, *caput* (princípio da igualdade do tratamento) e incisos V e X (reparação integral do dano), art. 6º, *caput*, (proteção do trabalhador), art. 7º, *caput*, incisos XXII e XXVIII (não retrocesso trabalhista), art. 93, inciso IX (independência funcional e livre convencimento do juiz); art. 170, *caput*, inciso VI e art. 225, *caput*, § 3º.

Tal alegação se baseia em que a Constituição prevê que a indenização por dano moral deve ser a mais abrangente possível; que há violação ao princípio da isonomia ao fixar um percentual sobre uma mesma base de cálculo (salário do ofendido), pois reduziria o direito à indenização de quem recebesse um salário-mínimo ou próximo a ele.

522 Consoante já nos referimos na nota 5.

523 STF – Tribunal Pleno – ADI 5.870 – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 21/10/2021 – DEJT 17/03/2022.

524 STF – Tribunal Pleno – ADI 6.050 – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 26/06/2023 – DEJT 18/08/2023.

525 STF – Tribunal Pleno – ADI 6.069 – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 26/06/2023 – DEJT 18/08/2023.

Justamente nesse sentido, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) propôs a ADI nº 6.082<sup>526</sup>, defendendo que o tabelamento reduz os fins pedagógicos da compensação, pois deixa de contribuir para a redução de riscos do trabalho e fere o direito à indenização por acidente de trabalho.

Em síntese, os principais argumentos defendidos foram que não se respeitou o direito do trabalho ao 1) fixar um teto indenizatório inexistente no direito civil, deixando-se de observar o princípio da isonomia; 2) o tabelamento de indenização ofende os princípios da reparação integral e da dignidade da pessoa humana; 3) impediu a correta valoração do dano pelo julgador, limitando o exercício da jurisdição e minando o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade; e 4) precificou o dano conforme o salário do ofendido, o que permite ao ofensor calcular e cotejar entre a permanência da ofensa ou a reparação do dano (uma ponderação econômica) que ofende à saúde e à proteção do trabalho.

Como as quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade questionam os artigos 223-A e 223-G, ambos da CLT, na redação da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) a Corte Suprema decidiu analisá-los conjuntamente.

De maneira bem direta, foi considerada prejudicada a análise da ADI 5.870 em razão da perda superveniente de objeto devido à perda de vigência da MP 8088/2017 e sua não conversão em lei.

Quanto às Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nºs 6.050, 6.069 e 6.082, o Supremo Tribunal Federal conheceu das ações e as julgou parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme a Constituição Federal.

Em síntese, foi fixada a seguinte tese: *“As redações conferidas aos art. 223-A e 223-B, da CLT, não excluem o direito à reparação por dano moral indireto ou dano em ricochete no âmbito das relações de trabalho, a ser apreciado nos termos da legislação civil [...] Os critérios de quantificação de reparação por dano extrapatrimonial previstos no art. 223-G, caput e §1º, da CLT deverão ser observados pelo julgador como critérios orientativos de fundamentação da decisão judicial. É constitucional, porém, o arbitramento judicial do dano em valores superior aos limites máximos dispostos nos incisos I a IV do § 1º do art. 223-G, quando consideradas as circunstâncias do caso concreto e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da igualdade”.*

Os principais argumentos adotados foram: i) o magistrado, ao apreciar o caso concreto, deve proceder a uma interpretação íntegra do ordenamento jurídico pátrio, sendo inafastáveis os princípios constitucionais pátrios e com as lacunas eventualmente existentes sendo supridas pela aplicação da analogia, costumes e princípios; ii) a criação de regime específico para disciplinar a responsabilidade por danos extrapatrimoniais não é inconstitucional, haja vista diversas disposições infralegais fora do Código Civil; iii) o rol de bens jurídicos dispostos no art. 223-C, da CLT é exemplificativo e não taxativo; iv) devem ser afastadas interpretações que impeçam o exercício de pretensões de dano em ricochete, pois uma interpretação restritiva do art. 223-B ofenderia direitos de terceiros (em ricochete) no que toca à responsabilização por dano extrapatrimonial; v) há uma tendência jurisprudencial do STF em impossibilitar a tarifação do dano moral, mas isso não significa proibição de métodos que busquem facilitar e auxiliar a quantificação do dano, pois a ausência de critérios objetivos abriria margem para a insegurança jurídica e a imprevisibilidade da extensão de sanções reparatórias; vi) os parâmetros estabelecidos no art. 223-G, da CLT, podem servir como critérios, não exaurientes, para definição do montante indenizatório, não podendo limitar a discricionariedade de quantificação do julgador, sob pena de transformá-lo em mero aplicador de valores pré-determinados; e vii) o magistrado pode ultrapassar o “teto”, desde que a situação concreta assim o exija e ele fundamente adequadamente a razão de decidir.

## CONCLUSÃO

A conclusão a que se chega com este estudo (e que responde à indagação que o motivou) é que a partir das decisões emanadas da Corte Suprema, tornou-se patente que as elevadas reflexões e discussões acerca da indenizabilidade do dano extrapatrimonial frutificaram para estabelecerem-se parâmetros e *standards* mais emoldurados às questões sociais, oriundas da conturbada relação laboral em que se reconhece a ocorrência do ato lesivo.

As respostas dadas pelo Supremo Tribunal Federal concretizam o escopo maior instaurado pela Constituição Federal, emergindo como um verdadeiro norte a ser seguido pelos operadores do Direito, com a fixação de valores indenizatórios aplicados individualmente aos casos.

---

526 STF – Tribunal Pleno – ADI 6.082 – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 26/06/2023 – DEJT 18/08/2023.

### 35 ANOS DA CRFB: os direitos sociais e econômicos e o desenvolvimento sustentável

Essa tendência já vinha sendo explorada pela doutrina, à medida em que a paga indenizatória não pode ser conformada por simples tabelamento, uma vez que cada vítima é única, sua lesão é única e os reflexos da violência, embora se estendam para a comunidade, também são sentidos de forma única.

Vencida esta etapa, resta aos operadores do Direito enfrentar agora a busca por alternativas viáveis à necessária promoção da efetivação dos direitos do trabalhador a um ambiente livre de hostilidade, de violência e de lesões às garantias que a Constituição Federal estabeleceu, já em sua promulgação, há trinta e cinco anos, integralizando o viés humanista e de solidariedade imposto pelo texto constitucional.

## **A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO DO TRABALHADOR “SUFICIENTE”**

### ARBITRATION IN “SUFFICIENT” WORKERS' INDIVIDUAL LABOR CONTRACTS

**Gilberto Stürmer**<sup>527</sup>

**Diego Sena Bello**<sup>528</sup>

**Paula Jaeger da Silva**<sup>529</sup>

**RESUMO:** O Direito do Trabalho atravessa fase de mudança substancial em seu conteúdo, especialmente com a promulgação da Lei nº 13.467 de 2017. Nesse contexto, a proposta deste trabalho é demonstrar que o Direito do Trabalho surge com a consagração do princípio da proteção em face dos empregados considerados hipossuficientes, porém, a Reforma Trabalhista impõe uma mudança de paradigma quando consagra uma nova categoria de empregados, denominados de “hipersuficientes” ou “suficientes” como se convencionou chamar nesta pesquisa. A estes trabalhadores é facultado maior expressão da sua autonomia privada, ao se permitir, por exemplo, a eleição da arbitragem como meio de resolução de conflito (artigo 507-A, da CLT). Seu objeto final é analisar a viabilidade do instituto da arbitragem nos contratos individuais de trabalho dos trabalhadores “suficientes”. Neste trabalho, utilizou-se do método de abordagem hipotético-dedutivo, em pesquisa exploratória e de levantamento bibliográfico. O estudo conclui no sentido de ser viável a arbitragem nos contratos referidos, por se considerar aplicável a ideia de graduação de vulnerabilidades dos empregados, tendo em vista o cenário laboral da atualidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arbitragem. Autonomia Privada. Contrato individual de Trabalho. Princípio da proteção. Vulnerabilidade.

**ABSTRACT:** Labor Law is going through a phase of substantial change in its content, especially with the promulgation of Law No. 13.467 of 2017. In this context, the purpose of this paper is to demonstrate that Labor Law arises with the consecration of the principle of protection of the employees considered hyposufficient, however, the Labor Reform imposes a paradigm shift when it consecrates a new category of employees, called “hypersufficient” or “sufficient” as it will be conventionally called in this research. These workers are given greater expression of their private autonomy by allowing, for example, the election of

---

527 Advogado e Parecerista. Conselheiro Seccional da OAB/RS (2013/2015). Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS). Membro da Associação dos Advogados Trabalhistas de Empresas no Rio Grande do Sul (SATERGS). Titular da Cadeira nº 100 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Titular da Cadeira nº 4 e Fundador da Academia Sul-Riograndense de Direito do Trabalho. Presidente da Academia Sul-Riograndense de Direito do Trabalho (2018/2020). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1989), Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2000), Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Santa Catarina (2005) e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilla (Espanha) (2014). Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação - Especialização em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Coordenador do Núcleo de Direito Social da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor Titular de Direito do Trabalho nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (Especialização, Mestrado e Doutorado) na mesma Escola. Tem como principais áreas de atuação, o Direito Individual do Trabalho e o Direito Coletivo do Trabalho, e como principal linha de pesquisa, a Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito do Trabalho.

528 Doutorando e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor adjunto do curso de Graduação do Instituto Brasileiro de Gestão e Negócios (IBGEN). Bolsista vinculado à CAPES. Advogado.

529 Doutoranda e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Pós-Graduada da Especialização em Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Bolsista vinculada à CAPES. Advogada.



arbitration as a means of conflict resolution (CLT Article 507-A). Its final object is to analyze the viability of the arbitration institute in the individual labor contracts of “sufficient” workers. In this work, the hypothetical-deductive approach method was used in exploratory research and bibliographic survey. The study concludes that arbitration in the referred contracts is feasible, since the idea of graduating vulnerabilities of employees is considered applicable, considering the current work scenario.

**KEYWORDS:** Arbitration. Private Autonomy. Individual employment contract. Principle of protection. Vulnerability.

## INTRODUÇÃO

No cerne do nascimento do Direito do Trabalho está o princípio da proteção, com o fulcro de estabelecer uma igualdade entre as partes envolvidas no contrato individual do trabalho, já que o empregado é considerado parte hipossuficiente. Esse princípio se manifesta no ordenamento através da limitação da autonomia privada do trabalhador e da indisponibilidade dos direitos laborais consagrados.

Relembra-se que, quando da promulgação da Consolidação das Leis Trabalhistas (1943), o país era majoritariamente rural e ainda contava com resquícios de assombração da escravidão, que recém havia sido abolida. Cenário bem diverso do que se vê atualmente, onde a maioria das pessoas vivem em centros urbanos, grande parte da população tem acesso à internet e a tecnologia é vista por todos os lados.

A evolução socioeconômica, política e cultural do Brasil resulta em um ambiente laboral diverso daquele do século passado e, sob a justificativa de modernização das relações laborais, é promulgada a Reforma Trabalhista, através da Lei nº 13467 de 2017, suscitando discussões sobre possíveis violações à Constituição Federal de 1988 e à legislação infraconstitucional.

Dentre as inovações trazidas pela supracitada lei, está a inserção na CLT do parágrafo único do artigo 444 e do artigo 507-A, com os quais, respectivamente, se estabelece a figura do empregado hipersuficiente e se permite a utilização do instituto da arbitragem para dirimir conflitos de natureza individual de certo grupo de trabalhadores. Surge então, a proposta de problema desta pesquisa: É viável a aplicação do instituto da arbitragem nos contratos individuais de trabalho no caso dos trabalhadores hipersuficientes ou “suficientes”?

Nessa linha, o artigo está dividido em dois tópicos principais, onde será abordado primeiramente a limitação da autonomia privada do trabalhador em face da proteção concedida pela Direito do Trabalho bem como a utilização do critério econômico para distinguir os trabalhadores hipossuficientes e “hipersuficientes” nos ditames da legislação.

Após, percorre-se pelo estudo da arbitragem, fazendo breves considerações gerais sobre o instituto, para, então, desaguar no tópico específico do problema proposto que consiste na arbitragem na seara dos contratos individuais de trabalho, fazendo, neste ponto, uma análise da (in)disponibilidade dos direitos trabalhistas.

Para bem enfrentar os conteúdos, utiliza-se da metodologia de abordagem hipotético-dedutiva, em pesquisa de natureza exploratória, realizada por meio de levantamento bibliográfico e com método de interpretação sociológico-sistemático.

## 1. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E A CATEGORIZAÇÃO DE TRABALHADORES DISPOSTA NA CLT

As mudanças recentes ocorridas no cenário laboral, especialmente com a promulgação da Lei nº 13.457/2017, suscitam a necessidade de se analisar as novas figuras jurídicas introduzidas no ordenamento, neste caso, a do trabalhador “hipersuficiente” ou “suficiente” como irá se sugerir ao longo da pesquisa, no que se refere à possibilidade deste grupo de trabalhadores ter abrandada a proteção jurídica que lhe é conferida em face da sua maior capacidade de expressar sua autonomia privada.

### 1.1 Autonomia privada do trabalhador

O Direito do Trabalho é produto típico do século XIX, resultado do crescimento industrial da época e das consequentes lutas sociais reivindicando melhores condições de trabalho.<sup>530</sup> O cenário social, político e econômico do século passado ensejou a ideia de hipossuficiência do trabalhador frente ao detentor dos meios de produção,<sup>531</sup> fazendo com que fosse necessário garantir a estes trabalhadores um Direito capaz de equiparar as partes, colocando-as em equilíbrio.

Dessa busca pela igualdade material entre as partes nasce, então, o Direito do Trabalho, com a função de proteger o trabalhador hipossuficiente e equilibrar a relação, sendo esta, a pedra angular deste ramo jurídico, conforme ensinamento de Américo Plá Rodriguez: “[...] *proteger uma das partes com objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes*”.<sup>532</sup>

Apesar de não haver expressamente na seara constitucional ou infraconstitucional a consagração do princípio da proteção, adverte Américo Plá Rodrigues que a sua própria natureza o coloca acima do direito positivo, sendo certo que sua existência se extrai de um conjunto de normas e orientações menores que, em que pese não se refiram a “proteção do trabalhador”, têm como seu objetivo primordial a efetivação desse axioma.<sup>533</sup>

Como forma de manifestação do princípio da proteção está a ideia de presunção de vontade “viciada” do trabalhador, ou seja, este sofre uma limitação na esfera da sua autonomia privada. Vale destacar que a autonomia privada para grande parte da doutrina se difere da autonomia da vontade, neste sentido, os ensinamentos de Francisco Amaral:<sup>534</sup> “A expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real”.

Ainda, de acordo com Judith Martins Costa,<sup>535</sup> a “autonomia da vontade” está associada ao voluntarismo jurídico histórico que nela se legitimava, uma vez que era exaltado o poder jurídico da vontade. Já a expressão “autonomia privada” carrega em seu bojo um fato objetivo, o poder dos particulares de autorregular os seus interesses através de manifestações objetivas de comportamentos livremente assumidos.

Gize-se que autonomia da vontade é um princípio que tem suas bases no período liberal dos séculos XVIII e XIX, onde vigorava uma ideologia individualista em que ser humano era o centro do direito e a sua manifestação de vontade livre era respeitada pelo Estado.<sup>536</sup> As convicções do referido momento histórico eram no sentido de uma intervenção mínima do Estado na esfera do particular. A pessoa tinha total liberdade para perfectibilizar negócios jurídicos, sendo livre para fixar tanto o conteúdo desses negócios como escolher quem contratar, ou seja, período de plena liberdade contratual.<sup>537</sup>

Em prosseguimento de uma linha cronológica, percebe-se que a autonomia da vontade foi relativizada, especialmente após a Revolução Industrial Inglesa, quando ocorre uma mudança de paradigma no conceito da autonomia da vontade,<sup>538</sup> pois se percebe que a liberdade contratual baseada na igualdade material não se perfectibilizava corretamente em uma relação entre desiguais, como é o caso da relação de emprego.

Diante de tal cenário se desenvolvem as teorias de limitação da autonomia da vontade e o Estado assume uma posição mais intervencionista, passando a regular com mais rigor as relações privadas em decorrência dos abusos cometidos na exploração do homem pelo homem nos primórdios do sistema capitalista.<sup>539</sup>

---

530 MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 66.

531 DORNELES, Leandro do Amaral D.; OLIVEIRA, Cíntia Machado de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 21.

532 PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000, p. 107.

533 *Ibidem*, p. 83.

534 AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 345.

535 COSTA, Judith Hofmeister Martins. A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002, p. 614-615.

536 ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 27, p. 279-292, jul./set., 2006, p. 281.

537 *Ibidem*.

538 *Ibidem*, p. 282.

539 Para maior aprofundamento sobre as Teorias de Limitação da Autonomia da Vontade consultar: BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 15, n. 57, p. 69-94, jan./mar., 2014, p. 79.

Assim, juntamente com o desenvolvimento do ramo jurídico laboral calcado no princípio da proteção, se desenvolve a limitação da autonomia privada na seara trabalhista, para garantir as necessidades básicas dos trabalhadores em um Estado de bem-estar social. Portanto, ao se garantir a proteção daquele que estava sendo vitimizado na relação trabalhista se limitou a sua autonomia privada.

Segundo Natalia Berti,<sup>540</sup> é a partir da mudança de paradigma da autonomia da vontade concebida no Estado liberal individualista para a autonomia privada, que se invocam elementos de objetividade na declaração da vontade e se busca não apenas a garantia do indivíduo, mas também a concretização de ideais sociais de solidariedade e dos direitos fundamentais.

Neste sentido, Korpalski Filho afirma que a autonomia privada se revela no caráter externo da manifestação da vontade tendo em vista a expectativa causada na outra parte e em terceiros – não mais na vontade interna e subjetiva da pessoa – e que esta manifestação não é absoluta, devendo atender a postulados de solidariedade e coletivismo social.<sup>541</sup>

Compreendido os conceitos de autonomia da vontade e autonomia privada, destaca-se que quando se está diante de uma relação de emprego tradicional, onde não há uma igualdade entre as partes contratantes, a autonomia privada não traduz uma situação de liberdade material, e por isso são chamadas de relações obrigacionais assimétricas, que estão ligadas a ideia de vulnerabilidade e poder.

Com efeito, ensina Judith Martins-Costa: *“É sobre esse aspecto de significações que se põe um dos mais complexos problemas do direito dos Contratos, a saber: a ordem jurídica reconhece haver relações contratuais fundadas em assimetria estrutural, pela disjunção entre os poderes de fato reconhecidos a seus sujeitos. E, ao assim reconhecer, presume que uma das partes estará em situação de vulnerabilidade contratual, com o que se assegura uma proteção jurídica especial a essas situações.”*<sup>542</sup>

Inclusive, Fabiano Coulon afirma que a presença de assimetria entre as partes de uma relação jurídica obrigacional é a base sobre a qual se construiu a regulação de pelo menos duas grandes áreas do Direito brasileiro: o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor.<sup>543</sup>

Sendo que tanto na normatização Celetista - CLT, quanto no chamado Código de Defesa do Consumidor - CDC, instituído pela Lei nº 8.078/90, a constatação de desigualdade relevante na relação entre as partes é o pressuposto para a construção de uma regulação com viés protetivo da parte identificada como mais fraca, subordinada, hipossuficiente ou vulnerável.<sup>544</sup>

Necessário neste momento esclarecer que a subordinação decorre de uma situação jurídica contratual de submissão do trabalhador às ordens do empregador, advinda do contrato de trabalho. Assim, a subordinação decorre do poder diretivo intrínseco a uma relação contratual existente. O trabalhador ao firmar um contrato de emprego entrega a sua força de trabalho em troca de salário, ao seu turno, o empregador paga o salário e é possuidor do poder diretivo da relação, estabelecendo o modo, o horário e a forma da produção.

Já a hipossuficiência é um termo corriqueiramente utilizado na seara laboral como origem e como justificativa para a proteção atribuída ao trabalhador e conseqüentemente a limitação da autonomia da vontade. Porém, lembra Leandro Dorneles<sup>545</sup> que na concepção técnica do termo hipossuficiência está a ideia de desigualdade econômica entre as partes, assim, tal termo, na visão do autor, parece refletir mais fielmente as relações clássicas existentes no surgimento do Direito do Trabalho: *“A literatura juslaboral clássica e a contemporânea encontram na hipossuficiência a justificativa ou fundamento dos princípios basilares do Direito do Trabalho – o da proteção e o da promoção da melhoria de condição social dos trabalhadores. Em sua concepção técnica originária, nem sempre lembrada, a hipossuficiência nos remete fundamentalmente a flagrante desigualdade econômica existente entre o trabalhador e o seu empregador.”*<sup>546</sup>

Desta forma, sugere o autor que a expressão que mais precisamente reflete a situação do trabalhador perante o empregador contemporaneamente é a de “vulnerabilidade”, já muito discutida no

<sup>540</sup>*Ibidem*.

<sup>541</sup> KORPALISKI FILHO, Geraldo. **Compatibilidade do art. 507-A da CLT com os direitos fundamentais trabalhistas**: uma análise da arbitragem na relação de emprego. Dissertação de Mestrado em Direito – PUCRS, Porto Alegre, 2019, p. 38-39.

<sup>542</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 300.

<sup>543</sup> COULON, Fabiano Koff. Relações contratuais assimétricas e a proteção do contratante economicamente mais fraco: análise a partir do direito empresarial brasileiro. **Revista de Direito da Empresa e dos Negócios**. v. 2, n. 1. Jan/Jun., 2018.

<sup>544</sup> *Ibidem*.

<sup>545</sup> DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do Direito do Trabalho contemporâneo. In: OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de (org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. (Teoria Geral do Direito do Trabalho, v. 2). Porto Alegre: Vebo Jurídico, 2013, p. 67.

<sup>546</sup>*Ibidem*.

âmbito das relações de consumo, que abrange aspectos além da fragilidade econômica<sup>547</sup>, se caracterizando, segundo Claudia Lima Marques, como “*uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção*”.<sup>548</sup>

Sua importação para o Direito do Trabalho advém da semelhança entre as relações de emprego e de consumo, onde a vulnerabilidade “repousa no reconhecimento, pela lei, de assimetria estrutural entre os sujeitos da relação”<sup>549</sup>, buscando coibir a existência de abusos.<sup>550</sup>

Gize-se que Leandro Dorneles<sup>551</sup> aponta que a vulnerabilidade se aplica ao Direito do Trabalho com diversas “classificações”, podendo se identificar um conjunto de vulnerabilidades nos planos “*negocial, hierárquico, econômico, técnico, social e informativo (ou informacional)*”, sendo que algumas se fazem presentes com mais intensidade em determinadas situações ou relações, outras com menos intensidade, ou sequer presentes, o que permitiria à teoria geral do Direito do Trabalho graduar, mesmo que em caráter excepcional, a aplicação do conjunto protetivo compensatório conforme a demanda se apresentasse e de acordo com a capacidade de manifestação de vontade do trabalhador.

A vulnerabilidade negocial é a que está ligada diretamente à escolha da cláusula de arbitragem pelo trabalhador e é considerada pela doutrina como “*a mais evidente das desigualdades que caracteriza a relação de trabalho*”.<sup>552</sup> Sendo que o maior ou menor grau de vulnerabilidade é definido basicamente por características pessoais, sociais e profissionais que impedem o trabalhador de exercer a sua vontade privada de forma livre.

Diante do exposto, pode-se afirmar que o trabalhador é a parte vulnerável e subordinada da relação de emprego, sendo que tais características influenciam a sua manifestação da vontade privada. Porém, conforme aponta Coulon,<sup>553</sup> a assimetria reconhecida entre empregadores e empregados, para fins de proteção legal é estrutural, com isso, na regulação dessas matérias parte-se do pressuposto de que a desigualdade na relação existe e é perversiva, podendo-se compreender algumas gradações (quando, por exemplo, fala-se da hipervulnerabilidade de determinados grupos de consumidores).

Assim, a depender do grau de vulnerabilidade e de subordinação, que pode ser variável, entende-se que a limitação da autonomia privada do trabalhador também pode ser graduada, ou seja, um trabalhador com menor grau de vulnerabilidade e de subordinação poderá expressar de forma mais ampla a sua autonomia privada.

## 1.2 Categorização de trabalhador na CLT e o trabalhador “suficiente”

Como referido anteriormente, o Direito do Trabalho e a promulgação da Consolidação das Leis Trabalhistas (1943) surgem com a ideia máxima de proteção de uma coletividade de trabalhadores, já que, à época, esses trabalhadores estavam em desigualdade em relação a seus empregadores, detentores dos meios de produção, assim, abusos precisavam ser contidos por uma força Estatal.

Assim, a lógica trabalhista pensada para os trabalhadores do século passado consagra em seu âmago a ideia da proteção para equilibrar a relação, tendo em vista a hipossuficiência por parte dos empregados em face do empregador. Ressalta-se que a hipossuficiência clássica remonta a ideia de dependência econômica, tanto é assim que em 1963 Cesarino Junior<sup>554</sup> alertava que quando o trabalhador possuir condições de subsistência com rendimentos que independem exclusivamente do seu trabalho cessa a hipossuficiência, vejamos: “*A hipossuficiência absoluta se caracteriza pelo fato de o indivíduo depender do produto do seu trabalho para manter-se e à sua família. Logo, uma vez que o indivíduo possua rendimentos que lhe assegurem essa subsistência, independentemente do seu trabalho, cessa a hipossuficiência absoluta*”.

Ocorre que a lógica laboral de que todo trabalhador é hipossuficiente foi quebrada ao se implantar no texto da CLT, com promulgação da Lei nº 13.467/2017, o parágrafo único do artigo 444, que dispõe sobre o denominado trabalhador “hipersuficiente”, inédita categoria de trabalhadores.

547 KORPALISKI FILHO, Geraldo. *Ob. cit.*, p. 42.

548 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 87.

549 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 302.

550 KORPALISKI FILHO, Geraldo. *Ob. cit.*, p. 44.

551 DORNELES, Leandro. *Ob. cit.*, p. 85.

552 *Ibidem*, p. 76.

553 COULON, Fabiano Koff. *Ob. cit.*

554 CESARINO JR., A.F. **Direito Social Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. Vol. 1, p. 69.

Observa-se que a legislação estabelece dois critérios objetivos para categorizar os trabalhadores em hipossuficientes ou hipersuficientes, sendo eles: recebimento de salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, que corresponde atualmente à quantia de R\$ 11.678,90,<sup>555</sup> além de possuir diploma de nível superior.

Observados esses dois requisitos, o legislador entendeu que o trabalhador não estaria em desvantagem em relação ao empregador, podendo exercer uma maior autonomia privada para negociar o seu contrato de trabalho, podendo este prevalecer sobre a lei, de acordo com os limites das hipóteses previstas no artigo 611-A, da CLT.

Veja-se que ao criar a figura do hipersuficiente do artigo 444, parágrafo único, da CLT o legislador quis demonstrar que existem empregados que estão em patamar de igualdade com o empregador, possuindo condições de manifestar sua vontade de forma livre, respeitados os limites legais. Todavia, entende-se que que a nomenclatura “hipersuficiente” adotada não parece adequada, afinal, o prefixo *hiper* deriva do grego *hupér* que significa “sobre, em cima de”,<sup>556</sup> dando a impressão que tais empregados estão acima do empregador, o que não se entende por verdadeiro.

Assim, entende-se que a intenção do legislador foi de criar a figura do empregado “suficiente”, pois tal expressão demonstra a situação de igualdade entre partes, ou seja, tal categoria tem capacidade suficiente de fazer valer a sua autonomia privada e de negociar com o empregador, não sendo considerada viciada a sua manifestação de vontade, conforme ditames legais.

Além disso, outra novidade da Reforma Trabalhista foi a inclusão do artigo 507-A da CLT, que dispõe que ao trabalhador cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, sendo que a aplicabilidade do referido artigo é o objeto central desta pesquisa e será abordada de forma mais detalhada no próximo tópico.

Perceba-se que em ambos os casos a legislação fez uso de critério objetivo econômico, possibilitando aos trabalhadores de maior poder aquisitivo uma menor limitação da autonomia privada e da proteção investida nas relações de emprego. Ressalta-se, conforme já esposado acima, que o mais congruente seria a aplicação da graduação da proteção do trabalhador a depender do seu conjunto de vulnerabilidades (negocial, hierárquico, econômico, técnico, social e informativo) sugeridas pelo professor Leandro Dorneles<sup>557</sup> e não somente pelo critério econômico.

Nessa lógica, admite-se que trabalhadores tenham direito de manifestar sua vontade quanto ao seu contrato de trabalho, pois acredita-se que as relações laborais atuais permitem esse tipo de manifestação. Repisa-se que o critério econômico utilizado atualmente não se faz adequado, veja-se o exemplo: Um professor doutor em Direito, que leciona a disciplina de Direito do Trabalho em uma universidade e que perceba remuneração no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) poderia, conforme artigo 507-A da CLT, optar por pactuar cláusula compromissória de arbitragem, já que é um trabalhador hipersuficiente. Porém, este mesmo professor ao firmar um contrato de trabalho com um Curso de Pós-Graduação para lecionar 1 (uma) hora por semana e receber remuneração no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) não poderá optar pela cláusula de arbitragem, pois não preenche o requisito econômico estabelecido e então é considerado hipossuficiente.

Pensa-se que o professor da situação hipotética não necessite da proteção trabalhista em um nível que limite a sua autonomia da vontade a ponto de ser considerada viciada a sua manifestação ao escolher a forma de resolução de eventual conflito. Assim, a categorização de trabalhadores como hipossuficientes e hipersuficientes a partir de critérios exclusivamente econômicos parece ser débil, no sentido de que a manifestação da autonomia privada envolve questões de outras searas, como por exemplo capacidade técnica, jurídica, social, etc.

Para além do exemplo do professor de Direito do Trabalho pode-se pensar no caso do jogador de futebol, que recebe remuneração de R\$300.00,00 (trezentos mil reais) e assina todos seus contratos acompanhados de advogados que lhe prestam assessoria. Esse trabalhador parece ter total possibilidade de abrir mão da proteção que lhe é conferida pela CLT para que expresse sua vontade de forma válida, afinal, neste caso, não se consegue admitir que se trata de um trabalhador hipossuficiente, tanto na seara econômica quanto na seara negocial, técnica, jurídica, social, etc.

555 Conforme Portaria Nº 9 do Ministério da Economia, publicada no dia 16.01.2019 no Diário Oficial da União (DOU), o teto dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é atualmente de R\$ 5.839,45.

556 Dicionário online de Português. **Hiper**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/hiper/>. Acesso em: 29 ago. 2019.

557 DORNELES, Leandro. *Ob. cit.*, p. 85.



Evidente que essas situações narradas são excepcionais e que a grande parte dos trabalhadores brasileiros recebe salário muito abaixo do critério estabelecido pela CLT e tampouco tem capacidade de manifestar sua vontade sem que isso lhe seja uma restrição de direito, inclusive fundamental. Todavia, não se pode generalizar e permitir que o Direito do Trabalho permaneça engessado nas suas raízes históricas que considera de forma absoluta a hipossuficiência do trabalhador, pois “o direito não é um fenômeno estático. É dinâmico”.<sup>558</sup>

Não se justifica a acentuada tutela e proteção do Estado para regular a relação de trabalho desses empregados “suficientes”, devendo vigorar a sua autonomia privada para negociar, com liberdade e com paridade em relação ao seu empregador, e nos limites da lei, as normas que regerão seu contrato laboral.

Por fim, sabe-se que no cerne do princípio da proteção do trabalhador além da limitação da autonomia da vontade privada se encontra o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas fundamentais, que significa “a impossibilidade jurídica do empregado, no plano individual, privar-se voluntariamente em caráter amplo e por antecipação das vantagens que lhe são asseguradas no ordenamento jurídico laboral”.<sup>559</sup>

Assim, após abordar a questão da autonomia privada e da possibilidade de permitir que certos empregados (suficientes) exerçam a sua referida autonomia, entende-se pertinente, diante do objetivo da pesquisa de avaliar a possibilidade de aplicação da arbitragem para dirimir conflitos em contratos individuais de trabalho, que se analise, juntamente com o instituto da arbitragem, se tal situação fere direitos fundamentais.

## 2. A ARBITRAGEM

A previsão da arbitragem como métodos de solução de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro não é recente, haja vista que, por exemplo, na Constituição de 1824, mais especificamente no art. 160, já se tinha a possibilidade de as partes nomearem árbitros para a solução do litígio.<sup>560</sup> Ademais, diversos diplomas infraconstitucionais posteriormente editados fizeram menção a arbitragem – por exemplo, o Código Comercial brasileiro de 1850 que estabelecia a arbitragem como obrigatória para a solução de determinadas causas mercantis - no entanto, muitos autores lecionavam contra a adoção desse instituto.

As críticas direcionavam-se, segundo ensina Carlos Alberto Carmona, no sentido de que a arbitragem resultaria em uma proteção do capital e interesses estrangeiros em face dos nacionais. Contudo, como bem observado pelo autor supracitado, na realidade a arbitragem tem se desenvolvido no Brasil e no mundo como um mecanismo extrajudicial eficaz para a solução de litígios, contribuindo, inclusive, para desafogar o judiciário, que no caso do Brasil está assoberbado de demandas.<sup>561</sup> Assim, restaram superadas as críticas ao instituto e o mesmo atualmente desenvolve-se e é adotado no Brasil essencialmente em relações empresariais, havendo, na ceara juslaboral severas objeções.

Dessarte, para que se possa analisar a arbitragem no âmbito do direito do individual do trabalho, tem-se a necessidade de compreender adequadamente o instituto e algumas questões introdutórias para, por fim, ponderar acerca do ramo específico trabalhista.

### 2.1. Breves considerações acerca do instituto

A doutrina define arbitragem como “[...] meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial [...]”.<sup>562</sup> Por se tratar de um procedimento extrajudicial – totalmente desvinculado do poder estatal – sustenta a doutrina especializada na matéria que a pedra angular do instituto é a autonomia da vontade das partes.<sup>563</sup>

558 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

559 COIMBRA, Rodrigo. Alterações contratuais bilaterais. Relações entre o princípio da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas e o princípio da autonomia coletiva. **Revista de Direito do Trabalho**. Vol. 205, 2019, p. 179-208.

560 BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1824**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 29 ago. 2019.

561 CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: comentário à Lei nº 9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 02.

562 *Ibidem*.

563 LEMES, Selma. Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José M. Rossani (org.). **Reflexões sobre arbitragem in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima**. São Paulo: LTr, 2002, p. 188.

Ademais, gize-se que uma vez convenionado pelas partes que eventual litígio será objeto de arbitragem, este será obrigatório. No tocante a estipulação da arbitragem entre as partes, a doutrina observa que a mesma pode se dar pela cláusula compromissória, na qual “os contratantes concordam com a submissão de eventual conflito à justiça privada, não mais podendo arrepender-se ou reverter a questão, unilateralmente, à jurisdição ordinária”<sup>564</sup> ou pelo compromisso arbitral, o qual destina a arbitragem um conflito/divergência específica e determinada.<sup>565</sup> Importante ressaltar, ainda, que a cláusula arbitral encontra guarida na redação do art. 4º da Lei de Arbitragem, enquanto que o compromisso arbitral está definido no art. 9º da referida norma jurídica.

Ocorre, contudo, que nem todo litígio pode ser objeto de arbitragem, havendo na legislação dois requisitos específicos, um quanto a pessoa e outro quanto a natureza da matéria objeto da divergência. Consoante está disposto no art. 1º da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96), a arbitragem poderá ser utilizada para dirimir conflitos entre “pessoas capazes” e que envolva direitos disponíveis.<sup>566</sup> Insta observar que o trabalhador “suficiente”, conforme exposto acima, é aos olhos da presente pesquisa pessoa capaz, de tal modo que o primeiro requisito encontra-se atendido. No tocante à questão dos direitos disponíveis, gize-se que será objeto de abordagem no próximo tópico.

Ainda no âmbito das considerações introdutórias, mister destacar as vantagens apontadas pela doutrina quanto a adoção da arbitragem pelas partes. Sobre o tema, Luiz Antonio Scavone Junior elenca 5 (cinco) pontos considerados positivos da arbitragem, quais sejam: a) especialização; b) celeridade; c) irrecorribilidade; d) informalidade; e) confidencialidade.<sup>567</sup>

Nessa medida, sustenta-se a especialização da arbitragem pelo fato de que na arbitragem, como mencionado alhures, é possível a nomeação de um ou mais árbitros que sejam especialistas na matéria objeto da divergência. Cabe observar, contudo, que não é requisito essencial para ser árbitro ser especialista no tema objeto da lide. Ademais, sustenta-se que o procedimento arbitral é consideravelmente mais célere do que a demanda judicial, até porque a sentença arbitral tem a mesma força de uma sentença judicial transitada em julgado, de tal modo que não é passível de recurso. Além disso, o procedimento arbitral não carece de toda a formalidade que é inerente ao processo judicial, estando no arbítrio das partes fazer escolhas de temas relevantes como, por exemplo, o árbitro e a norma aplicável (material e processual).

Por fim, o último ponto positivo supracitado, mas de importância ímpar para a adoção do procedimento arbitral pelas partes, é a confidencialidade inerente ao processo arbitral. Na arbitragem é possível que as partes atribuam sigilo ao processo, sem que haja qualquer motivo fundamentado para tanto, o que garante a proteção de informações empresariais que as partes julgam relevantes e que, por isso, o acesso pelos demais agentes do mercado podem ser prejudicial. Gize-se que, nesse particular a arbitragem diverge da publicidade que emana, em regra, dos processos judiciais a teor do art. 189 do CPC.

Apesar dessas vantagens serem apontadas pela doutrina há algum tempo, no Brasil, mesmo com normas jurídicas anteriores sobre a matéria, somente com a entrada em vigor da Lei n. 9.307, em 23 de setembro de 1996, que o instituto passou a ter maior aplicabilidade e segurança jurídica. Isso se deve ao fato de que, por expressa previsão legal, a sentença arbitral pode ser objeto de execução direta, bem como não necessita de qualquer homologação judicial. Nesse sentido ensina Carlos Alberto Carmona ao afirmar que: “[...] a intervenção do Poder Judiciário ou não existirá, ou então será invocada quando houver necessidade de utilizar a força diante de resistência de uma das partes ou de terceiros”.<sup>568</sup>

É importante registrar, outrossim, que no âmbito do direito empresarial é amplamente reconhecida a validade do juízo arbitral, essencialmente pelos elementos vantajosos citados acima. A relação em comento é, por certo, constituída por agentes capazes e envolve, sem dúvidas, direitos disponíveis. Entretanto, no âmbito trabalhista a questão revela-se polêmica quando se trata de contratos individuais de trabalho, sendo esse o objeto de análise no próximo tópico.

## 2.2. A arbitragem no direito do trabalho

A aplicabilidade da arbitragem para litígios cuja matéria tenha como plano de fundo a relação de trabalho é objeto de grande dissonância entre os doutrinadores, bem como pela própria jurisprudência. Em síntese a controvérsia reside em dois pontos centrais, quais sejam: a falta de autorização expressa na

564 MARTINS, Pedro de Antonio Batista. **Convenção de arbitragem**: Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 207.

565 BAPTISTA, Luiz Olavo. Cláusula compromissória e compromisso. **Revista dos Tribunais**. Vol. 6, p. 977-988, jun., 2011, p. 977.

566 BRASIL. **Lei nº 9.307/96, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm). Acesso em: 29 ago. 2019.

567 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem e conciliação**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 22.

568 CARMONA, Carlos Alberto. *Ob. cit.*, p. 33.

constituição – assim como há para a arbitragem em dissídios coletivos – e a indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

No que tange ao primeiro argumento, afirma-se que a Constituição, no seu art. 114, §1º, traz expressamente a possibilidade de as partes instituírem um árbitro para solucionar a divergência existente em negociação coletiva, não fazendo qualquer menção a arbitragem em dissídios individuais. Assim, o silêncio faz concluir que é inviável a aplicação da arbitragem para os conflitos individuais de trabalho.<sup>569</sup> No entanto, divergindo desse entendimento, Sergio Pinto Martins, analisando o tema à luz do princípio da legalidade (ao particular é permitido fazer aquilo que não é proibido pelo legislador), sustenta ser permitida a arbitragem também para divergências em conflitos individuais de trabalho.<sup>570</sup>

Nessa esteira, concorda-se com a tese sustentada por Sergio Pinto Martins, entendendo, portanto, que o particular, uma vez inexistente qualquer vedação legal no tocante a arbitragem em dissídios individuais, tem a faculdade de resolver seus litígios através de procedimento arbitral. Ocorre, contudo, que o segundo argumento supracitado – indisponibilidade dos direitos trabalhistas – revela-se em certa medida mais controvertido, senão vejamos:

Sobre o tema, Carlos Henrique Bezerra Leite pondera, preliminarmente, que a arbitragem somente poderá resolver litígios coletivos, uma vez que o art. 1º da Lei de Arbitragem é claro ao dispor que o instituto somente poderá resolver litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis.<sup>571</sup>

A doutrina mais protecionista, sustenta a inaplicabilidade do procedimento arbitral no âmbito das relações individuais de trabalho. Nesse sentido Carlos Henrique Bezerra Leite justifica sua posição na indisponibilidade dos direitos individuais trabalhistas, bem como da vulnerabilidade do trabalhador, o qual, segundo essa corrente, pela essência da relação de trabalho, não tem condições de expressar livremente a sua vontade em razão da necessidade que possui de manter o vínculo laboral para manutenção da sua fonte de renda e sustento.<sup>572</sup>

Sobre a matéria, Maurício Godinho Delgado<sup>573</sup> pondera que a vedação *sub examine*, uma vez calcada na indisponibilidade dos direitos trabalhistas, decorre da impossibilidade de o trabalhador realizar qualquer renúncia ou transação que importe em lesão a seus direitos. Nesse sentido, afirma que *“Para a ordem trabalhista, não serão válidas quer a renúncia, quer a transação que importe objetivamente em prejuízo ao trabalhador”*.<sup>574</sup>

Sobre o tema, Mario De La Cueva<sup>575</sup> observa: *“la libertad de contratación no existió nunca, porque el trabajador apremiado por la miseria tenía que someterse a la voluntad del patrono, quien sí podía esperar que viniera otra persona a solicitar el empleo; y usó del poder de su voluntad com sentido utilitario y com refinada crueldad”*.

Entretanto, tem-se que nem todos os direitos trabalhistas são absolutamente indisponíveis, sob pena de ser inviável, inclusive, qualquer transação ou mesmo negociação coletiva de trabalho que tenham os mesmo como objeto. Inclusive, Maurício Godinho Delgado em artigo sobre os princípios do direito do trabalho, ao comentar sobre o princípio da indisponibilidade, ensina que a indisponibilidade dos direitos trabalhistas pode ser absoluta ou relativa.<sup>576</sup>

Segundo o referido autor, será absoluta a indisponibilidade quando o direito objeto da análise tutelar matéria de interesse público, ou seja, vincular-se a *“um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico”*. Como exemplo de indisponibilidade absoluta o autor cita o direito à assinatura de CTPS e ao salário mínimo. Pondera, ainda, que a indisponibilidade absoluta no direito individual é mais severa do que no direito coletivo, haja vista que determinados direitos indisponíveis individualmente podem ser objeto de transação no âmbito coletivo.<sup>577</sup>

569 FAVA, Marcos Neves. A arbitragem como meio de solução dos conflitos trabalhistas. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 32, n. 123, p. 120-142, jul./set., 2006, p. 120.

570 MARTINS, Sérgio Pinto. Cabimento da arbitragem para solucionar conflitos trabalhistas. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 86, p. 76-82, jul., 2006, p. 78.

571 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 294.  
572 *Ibidem*.

573 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2017, p. 1484.

574 DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 202.

575 LA CUEVA, Mario de. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**. 3. ed. atual. México: Porrúa, 1984, p. 10.

576 DELGADO, Maurício Godinho. Princípios especiais do direito individual do trabalho - Núcleo basilar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 925, p. 323-355, nov., 2012, p. 334.

577 *Ibidem*.

Por outro lado, no tocante a indisponibilidade relativa, define Maurício Godinho Delgado<sup>578</sup> que essa se refere a “vantagem jurídica enfocada em traduzir interesse individual ou bilateral simples, que não caracterize um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico.”. Ademais, complementa o autor supracitado que os direitos relativamente indisponíveis podem ser objeto de transação desde que essa não importe em prejuízo ao trabalhador, nos termos do art. 468 da CLT.

Entretanto, sustentar que o trabalhador não pode transacionar em relação aos seus direitos é, em certa medida um pouco problemático, haja vista que no âmbito judicial diariamente trabalhadores renunciam direitos com vistas a firmar acordo nos processos, inclusive, sendo a proposta de conciliação obrigatória em dois momentos do processo e, pelo princípio da conciliação, viável a qualquer tempo, inclusive na execução, quando já se tem definida a condenação. Por esse motivo, Geraldo Korpalski Filho observa que “não é o local onde o direito está sendo discutido que determina a natureza jurídica do mesmo, ou seja, não é por estar perante o poder judiciário que o direito trabalhista passa a ser disponível e, portanto, transacionável e arbitrável.”.<sup>579</sup> Portanto, se o direito é disponível no judiciário, por qual motivo não pode ser na arbitragem?

Ademais, tem-se que a discussão levada ao judiciário e ao juízo arbitral não se refere especificamente ao direito do trabalhador eventualmente violado, mas sim as repercussões de tal violação, mais especificamente, as repercussões pecuniárias respectivas. Sobre o tema cita-se a decisão da Quarta Turma do TRT da 3ª Região em decisão de 2009 no julgamento do Recurso ordinário nº 0025900-67.2008.5.03.0075, destacando que a problemática no entorno da possibilidade ou não de adoção da arbitragem nos conflitos individuais do trabalho não está na (in)disponibilidade dos direitos trabalhistas, mas sim na livre expressão da vontade do trabalhador.<sup>580</sup>

Nessa esteira, o legislador reformista incluiu na CLT, a partir da redação do art. 507-A à CLT, a possibilidade de arbitragem para certos tipos de contratos de trabalho, desde que observadas as disposições da Lei de Arbitragem e que a remuneração do trabalhador seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Entretanto, apesar de entender-se pela viabilidade do juízo arbitral nas divergências de matéria individual trabalhista, tem-se que incorreta a postura do legislador ao adotar o critério econômico para refletir a hipossuficiência do empregado. Como mencionado anteriormente na presente pesquisa, sustenta-se que a hipossuficiência do trabalhador está vinculada a vulnerabilidade, a qual, tem diversos graus de acordo com a realidade de cada pacto laboral.

Nessa linha Mauro Schiavi sustenta que “[...] para algumas espécies de contratos de trabalho ou de emprego em que o trabalhador apresente hipossuficiência mais rarefeita, como os altos empregados, a arbitragem poderá ser utilizada, desde que seja espontânea a adesão do trabalhador [...]”<sup>581</sup>

Dessarte, sustenta-se a aplicabilidade do instituto somente nos casos em que o grau de vulnerabilidade do trabalhador seja reduzido e, por conseguinte, ele tenha condições de expressar a sua vontade de forma plena e consciente. Inclusive porque a transação ou a decisão decorrente da arbitragem, muitas vezes, é interessante para ambas as partes, haja vista a elevada demanda de trabalho do judiciário trabalhista, o que enseja demora considerável para a resolução do conflito.

## CONCLUSÃO

O direito do trabalho surge, como mencionado anteriormente, com o intuito de oferecer tutelas ao empregado, que é o sujeito hipossuficiente da relação laboral. Desse modo, alicerça-se a compreensão de que o trabalhador é a parte vulnerável e subordinada da relação de emprego, sendo que tais características influenciam a sua manifestação da vontade privada. Contudo, a realidade das relações mudou e atualmente, não é incomum encontrar trabalhadores cujo grau de vulnerabilidade e de subordinação é menor – ou até mesmo ínfimo – e, por conseguinte, tem plenas condições de expressar a sua vontade livremente antes, durante e após a relação laboral. Cumpre destacar que não se está negando a existência de limitação da autonomia privada e tampouco afirmando a sua eficácia plena, mas sim, que seja concebida a sua graduação, tendo em vista a realidade social em que estão inseridos os trabalhadores contemporâneos.

É nesse cenário que se enquadra o trabalhador classificado na presente pesquisa como “suficiente”, o qual, repisa-se não pode ser classificado somente à luz de critérios econômicos, sendo necessário uma

<sup>578</sup>Ibidem.

<sup>579</sup>KORPALISKI FILHO, Geraldo. *Ob. cit.*, p. 83.

<sup>580</sup>TRT 3ª R – RO nº 0025900-67.2008.5.03.0075 – Rel. Antonio Alvares da Silva. 31 jan. 2009. Disponível em: [https://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1\\_0.htm?conversationId=11895](https://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=11895). Acesso em: 29 ago. 2019.

<sup>581</sup>SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. São Paulo: LTr, 2017, p. 68.

análise de fato acerca do grau de vulnerabilidade do mesmo, bem como do suporte técnico, econômico e negocial. Dessarte, não se justifica a acentuada tutela e proteção do Estado para regular a relação de trabalho desses empregados “suficientes”, devendo vigorar a sua autonomia privada para negociar, com liberdade e com paridade em relação ao seu empregador, e nos limites da lei, podendo, portanto, dirimir suas divergências através da arbitragem.

No que tange a alegada indisponibilidade dos direitos trabalhistas, entende-se que está não ocorre de forma absoluta, inclusive porque diariamente diversas demandas no judiciário trabalhistas são resolvidas mediante a composição amigável entre as partes. Ora, se as partes podem transacionar em relação a direitos, inclusive na execução, quando já se tem uma condenação, não há motivos para suprimir a vontade daqueles que efetivamente tenham capacidade jurídica e técnica para optar pela via arbitral.

Além do mais, ao se eleger a arbitragem como forma de resolução de conflito, não se está abrindo mão dos direitos laborais, mas sim, se está optando por julgamento por terceiro e não pelo Estado, sendo levando em consideração toda a legislação vigente, assim como na seara judicial. Portanto, como mencionado anteriormente, conclui-se que é viável a arbitragem na seara trabalhista nos casos em que o grau de vulnerabilidade do trabalhador é reduzido, ou seja, ele tem condições de expressar a sua vontade de forma plena e consciente. Por fim, registre-se que a presente pesquisa não se encerra nessas considerações, mas, na verdade, serve como ponto de partida para novas linhas e estudos diante da relevância do problema na sociedade atual.



## **O DESENVOLVIMENTO EM PERSPECTIVA PARA O FORTALECIMENTO DOS SINDICATOS DE TRABALHADORES**

### **DEVELOPMENT IN PERSPECTIVE FOR STRENGTHENING LABOUR UNIONS**

**Ana Maria Maximiliano\***

**RESUMO:** Este artigo tem por objetivo compreender a relação do desenvolvimento entre a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU); a Teoria Desenvolvimentista de Celso Furtado e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB-1988); em perspectiva para o sindicalismo de trabalhadores. Para tanto, analisa a Agenda de Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas (ONU), especialmente na Agenda 2030 (2015); apresenta a Teoria Desenvolvimentista produzida por Celso Furtado e identifica na CRFB-1988 os aspectos desenvolvimentistas com atenção para o sindicalismo. Estabelecidas estas relações, se pode compreender o sindicalismo como um dos pilares para a consecução e manutenção do desenvolvimento para as três vertentes expostas.

**PALAVRAS-CHAVE:** ONU. Desenvolvimento Sustentável. Teoria desenvolvimentista. Sindicatos.

**ABSTRACT:** The aim of this article is to understand the development relationship between the United Nations (UN) 2030 Agenda, Celso Furtado's Development Theory and the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil (CRFB-1988), with a view to workers' trade unionism. To this end, it analyses the United Nations (UN) Development Agenda, especially Agenda 2030 (2015); it presents the Developmentalist Theory produced by Celso Furtado and identifies the developmentalist aspects in the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil (CRFB-1988), with a focus on trade unionism. Once these relationships have been established, trade unionism can be understood as one of the pillars for achieving and maintaining development for the three strands exposed.

**KEYWORDS:** UN. Sustainable development. Developmentalist theory. Trade unions.

#### **INTRODUÇÃO**

A constituição da Organização das Nações Unidas (ONU) ocorreu com o objetivo primordial da consolidação da paz e da construção dos direitos humanos. Em decorrência desta pauta, a partir do ano de 1992, a ONU passou a construir agendas de políticas públicas no campo dos direitos humanos, com a busca de compromisso dos países aderentes, denominadas de Agendas de Desenvolvimento, especialmente a *Agenda 21* (1992), a *Agenda do Milênio* (2000), a partir da qual já foi esboçado o desenvolvimento relacionado à dimensão social, e a *Agenda 2030* (2015).

Especialmente para a *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável* elaborada no ano de 2015, foi estabelecido o prazo de duração de 15 anos (2015-2030). Esta Agenda foi formada por 17 objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), com diretrizes com característica civilizatória em questão de direitos humanos e para o desenvolvimento das nações, considerada a adesão dos países membros, em número de 193, para a consecução dos objetivos. Dentre os ODS, o ODS n.º 8, que se refere ao trabalho decente, revela a importância da presença dos sindicatos de trabalhadores na conquista e preservação de direitos sociais.

---

\*\*\* Doutorado em Direito pela UFPR; mestre em Direito pela PUC/PR; Procuradora do Município de Curitiba.

Disto, é necessário apresentar, com o objetivo de colaborar para a compreensão da concepção do desenvolvimento, a teorização elaborada por Celso Furtado – Teoria do Desenvolvimentismo, pensada a partir da realidade da América Latina. A teoria furtadiana é vinculada a uma perspectiva social, se distanciando da vertente exclusivamente econômica do desenvolvimento, e considera a participação do Estado como essencial para fomentar as ações sociais, onde o sindicato de trabalhadores tem papel especial para a conquista e preservação dos direitos sociais. Com esta teorização deve ser trazida a CRFB-1988 a partir da qual se preservou uma estrutura sindical que, muito embora compreendida como ultrapassada, se manteve ao longo do tempo, até o ano de 2017, com a contrarreforma trabalhista, oportunidade em que foi extinta a obrigatoriedade da contribuição sindical o que diminuiu o poder de negociação dos sindicatos de trabalhadores ante os de empregadores.

Compreende-se que a Agenda para o Desenvolvimento Sustentável encontra aderência com a Teoria do Desenvolvimentismo de Celso Furtado, muito embora elaboradas a partir concepções diversas – a primeira, a partir de “países de referência”<sup>582</sup>, na designação expressa por Mangabeira Unger; e a segunda, com base na realidade fática da América Latina, especialmente no Brasil. Ambas as vertentes encontram uma ligação com a CRFB-1988. Deste conjunto fático-teórico entende-se que há subsídios para o fortalecimento da estrutura dos sindicatos de trabalhadores.

Adota-se para esta pesquisa a metodologia de revisão bibliográfica, sob uma perspectiva interdisciplinar, especialmente a produção teórica expressa em livros e artigos, sobre o objeto da pesquisa – o desenvolvimento e a importância dos sindicatos de trabalhadores.

## 1. A AGENDA 2030 PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A partir da construção de instrumentos que visavam os direitos humanos, especialmente a partir do ano de 1945, com a negociação e adoção da Carta da Organização das Nações Unidas, os direitos humanos passaram a ser reconhecidos, cujo marco é a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

A par desse reconhecimento, o desenvolvimento, no final do século XX, considerado até então como um conceito simbólico e estratégico, adquire natureza de direito humano, chamado de direito humano ao desenvolvimento.<sup>583</sup> Disto, as abordagens sobre o desenvolvimento passaram a ocorrer a partir dos direitos humanos e os direitos humanos contemplaram o desenvolvimento enquanto seu componente, por vezes gerando controvérsias em matérias de obrigações, compromissos, justiciabilidade e monitoramento.<sup>584</sup>

É a partir dessa perspectiva que o desenvolvimento ocupa lugar nas Agendas elaboradas pela ONU, fundamenta a produção normativa e as políticas públicas, o que pode ser observado desde o ano de 1992 com a Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, oportunidade em que houve a elaboração da Agenda 21: programa de ação para o desenvolvimento sustentável, reconhecida pela pauta de compromissos, especialmente os ambientais, seguida pela adoção de outras pautas de desenvolvimento sustentável, como a *Agenda do Milênio* (2000), a *Agenda 2030* (2015). No Brasil, cita-se a elaboração da Agenda 21 Brasileira.<sup>585</sup>

A Agenda brasileira foi elaborada e lançada em um momento histórico, pois em conjunto com as políticas de combate à pobreza e à miséria, de elaboração de programas de transferência de renda, de fortalecimento dos grupos de representantes da sociedade civil, e outras de cunho social e econômico, que ao longo do tempo se tornaram cada vez mais frequentes, com base na CRFB-1988. Nesse período também foi aberto o espaço para o acesso à justiça, como ferramenta para a concretização dos direitos humanos, que recebeu impulso por meio do reconhecimento do Estado como vinculante à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1998.<sup>586</sup>

De forma exemplificativa, a adesão do Brasil à Agenda 2030 possibilitou a consideração dos termos do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) n. 8, a partir do qual se visa promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos. Neste ODS, é prevista a promoção, até 2030, de “*alcançar o emprego pleno e produtivo e trabalho*

582 UNGER, Roberto Mangabeira. **Depois do colonialismo mental**: repensar e reorganizar o Brasil. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

583 SENGUPTA, Arjun. **On the theory and practice of the right to development**. Human Rights Quarterly, v. 24, n. 4, nov. 2002, p. 841-845.

584 *Ibidem*.

585 BRASIL. Unicamp. Disponível em: Agenda 21 do Brasil (unicamp.br). Acesso em: 11 set. 2023.

586 CORREIA, Ana Luiza de Moraes Gonçalves; KOWARSKI, Clarissa Brandão de Carvalho. O Estado Brasileiro Perante as Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: o caso Vladimir Herzog. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, São Paulo, v. 4, n. 1, jan./mar., 2019, p. 69.

*decente para todas as mulheres e homens, inclusive para os jovens e as pessoas com deficiência, e remuneração igual para trabalho de igual valor, dentre outros objetivos; sustentar o crescimento econômico per capita de acordo com as circunstâncias nacionais e, em particular, um crescimento anual de pelo menos 7% do produto interno bruto [PIB] nos países menos desenvolvidos; atingir níveis mais elevados de produtividade das economias por meio da diversificação, modernização tecnológica e inovação, inclusive por meio de um foco em setores de alto valor agregado e dos setores intensivos em mão de obra; promover políticas orientadas para o desenvolvimento que apoiem as atividades produtivas, geração de emprego decente, empreendedorismo, criatividade e inovação, e incentivar a formalização e o crescimento das micro, pequenas e médias empresas, inclusive por meio do acesso a serviços financeiros; melhorar progressivamente, até 2030, a eficiência dos recursos globais no consumo e na produção, e empenhar-se para dissociar o crescimento econômico da degradação ambiental, de acordo com o Plano Decenal de Programas sobre Produção e Consumo Sustentáveis, com os países desenvolvidos assumindo a liderança, dentre outros objetivos; até 2020, reduzir substancialmente a proporção de jovens sem emprego, educação ou formação; tomar medidas imediatas e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna e o tráfico de pessoas, e assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo recrutamento e utilização de crianças-soldado, e até 2025 acabar com o trabalho infantil em todas as suas formas; proteger os direitos trabalhistas e promover ambientes de trabalho seguros e protegidos para todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores migrantes, em particular as mulheres migrantes, e pessoas em empregos precários; até 2030, elaborar e implementar políticas para promover o turismo sustentável, que gera empregos e promove a cultura e os produtos locais; fortalecer a capacidade das instituições financeiras nacionais para incentivar a expansão do acesso aos serviços bancários, de seguros e financeiros para todos; aumentar o apoio da Iniciativa de Ajuda para o Comércio [Aid for Trade] para os países em desenvolvimento, particularmente os países menos desenvolvidos, inclusive por meio do Quadro Integrado Reforçado para a Assistência Técnica Relacionada com o Comércio para os países menos desenvolvidos; até 2020, desenvolver e operacionalizar uma estratégia global para o emprego dos jovens e implementar o Pacto Mundial para o Emprego da Organização Internacional do Trabalho [OIT].*<sup>587</sup>

Dessa forma, pode-se constatar a relação entre o desenvolvimento como direito humano no aspecto social e a adoção pelo Brasil deste ideário. No entanto, a adoção da Agenda brasileira somada a adesão à Agenda 2030, pode ser compreendida, também, a partir de uma concepção do desenvolvimento para a América Latina e, mais especificamente, para o Brasil, o que é realizada com base na Teoria do Desenvolvimentismo de Celso Furtado em conjunto com a CRFB-1988.

## 2. A ATUALIDADE DO DESENVOLVIMENTO E A RELAÇÃO COM CRFB – 1988

Para a América Latina, o desenvolvimentismo é frequentemente associado ao arcabouço teórico que serviu como fundamento para a formulação de políticas econômicas adotadas a partir da década de 1950, produzido na Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). A CEPAL, acolhendo e desenvolvendo o programa de pesquisa com rigor científico, levou o desenvolvimentismo a ser reconhecido pela comunidade internacional como saber científico.<sup>588</sup>

A noção de desenvolvimento já estava nos clássicos, notadamente Adam Smith e Davi Ricardo e seus sucessores. Assim, *“por desenvolvimento entendia-se, sobretudo, o crescimento de longo prazo da economia, que fatores impulsionavam para lograr maior produtividade, expansão dos negócios, ampliação dos mercados e taxa de lucro. Mesmo na visão marxista, desenvolvimento assumia a conotação de acumulação de capital, ou de sua reprodução de forma ampliada”. E a sua antítese “na concepção clássica do desenvolvimento, eram as crises, ou seja, a constatação de que o crescimento enfrentava obstáculos que se manifestavam, com frequência, em paralização da produção, queda nos lucros, ociosidade de capital e desemprego”.*<sup>589</sup>

A consideração da necessidade dessas integrações para o desenvolvimentismo vem contemplada na produção teórica de Celso Furtado, concebida a partir da realidade da América Latina, e afirma que: *“a concepção de desenvolvimento de uma sociedade não é independente de sua estrutura social, e tampouco a formulação de uma política de desenvolvimento é concebível sem a tutela de um sistema de poder”.*<sup>590</sup> Para o

587 Disponível em: ODS 8, sobre trabalho decente e crescimento econômico, é um dos Objetivos do Mês em maio (unodc.org). Acesso em: 11 set. 2023.

588 FONSECA, Pedro Cezar Dutra; SALOMÃO, Ivan Colangelo. O sentido histórico do desenvolvimentismo e sua atualidade. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, n. especial, 2017, p. 1-20.

589 FONSECA, Pedro Cezar Dutra. Quando a virtude é o problema: a atualidade de Celso Furtado. **Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política**, n. 59, edição especial, p. 66-88, mai./jun., 2021, p. 70.

590 FURTADO, Celso. *Essencial Celso Furtado*. D'AGUIAR, Rosa Freire (org.). São Paulo: Penguin Companhia, 2013, p. 102.

autor, as instituições da sociedade civil representativas, incluídos os sindicatos de trabalhadores, são fundamentais para a superação do subdesenvolvimento.

Para Ricardo Bielschowsky, a produção teórica brasileira com relação ao desenvolvimentismo se refletiu em uma ausência de referência à estratégia de desenvolvimento e em possíveis políticas governamentais. Isso se passou em meio ao processo de globalização e de revolução tecnológica, que contribuíram para a geração das incertezas, cuja produção teórica ficou restrita à industrialização.<sup>591</sup>

O liberalismo ocupava uma posição secundária na vida socioeconômica brasileira, em razão da implementação exitosa do projeto de industrialização e da força do paradigma keynesiano entre o pós-guerra e a década de 1970. A partir do ano de 1980, o projeto desenvolvimentista perdeu espaço, como reflexo da aceleração inflacionária, da crise fiscal e da dívida pública, o que provocou enfraquecimento do Estado desenvolvimentista até a sua estagnação. A desaceleração do desenvolvimentismo refletiu “[...] o vazio de projetos e de políticas de investimento e crescimento que passou a predominar no país, abriu-se espaço para que a corrente neoliberal se firmasse, com especial intensidade a partir do final da década de 1980”.<sup>592</sup>

Dessa forma, o debate sobre o desenvolvimento, especialmente quando o papel do Estado na economia foi contestado com maior vigor no país a partir da década de 1980, em razão da proposta de um Estado neoliberal, pautado na economia de mercado a partir da qual são determinadas as decisões políticas e jurídicas, relativizando a autoridade estatal do governo. As teorizações sobre a viabilidade e os caminhos possíveis para o desenvolvimento nacional reapareceram após o auge da globalização neoliberal, com a consideração de que o desenvolvimento e a democracia eram atuais, na medida em que as integrações social, econômica e política exigiam a presença do Estado especialmente por meio do contrato social no contexto da democracia. Dessa forma, o desenvolvimento pode ser atingido com a transformação das estruturas sociais, o que é alcançável por meio de um estado desenvolvimentista, cuja construção passa pela emancipação social.

Os trabalhos de Celso Furtado<sup>593</sup> foram produzidos a partir da segunda metade do século XX e tinham como foco a América Latina. O autor utiliza dois marcos estruturais que nortearam as contribuições teóricas: o desenvolvimento e a democracia. Isso porque se o desenvolvimento e sua antítese, o subdesenvolvimento, são os principais temas da área econômica, a democracia reveste as suas reflexões. Furtado aponta que para a união do país são necessários a liberdade e o desenvolvimento econômico, mas que “o desenvolvimento não pode ser pago com a alienação da liberdade, sem a qual a vida social se desumaniza. Conciliar a luta pelo desenvolvimento com a preservação da liberdade era o desafio maior com que nos defrontávamos.”<sup>594 595</sup>

A atualidade do pensamento furtadiano se afigura presente, não obstante inúmeros acontecimentos como as crises do fordismo, do keynesianismo, da social-democracia, bem como do próprio desenvolvimentismo, com a consideração, também, da globalização, do neoliberalismo e das novas tecnologias. Isto devido à ausência de superação do subdesenvolvimento em seus vários elementos — baixa produtividade, desigualdade na distribuição de renda, baixos indicadores sociais, defasagem tecnológica em relação aos centros hegemônicos, entre outros que se fazem presentes ainda hoje.

Com relação ao conceito furtadiano de desenvolvimento, há dupla perspectiva: (i) a primeiro se refere à evolução de um sistema social de produção, ao se considerar que o sistema por meio da acumulação e progresso das técnicas eleva a produtividade do conjunto de sua força de trabalho e considera que o aprofundamento da divisão social do trabalho aumenta a eficiência deste — o trabalho; (ii) o segundo se relaciona ao grau de satisfação das necessidades humanas básicas como habitação, vestuário e alimentação, aumento da expectativa de vida em determinada estratificação social.

591 Cf. BIELSCHOWSKY, Ricardo. Estratégia de desenvolvimento e as três frentes de expansão no Brasil: um desenho conceitual. In: CALIXTRE, André Bojikian; BIANCARELLI, André Martins; CINTRA, Marcos Antonio Macedo. **Presente e futuro do desenvolvimento brasileiro**. Brasília: IPEA, 2014, p. 120.

592 Cf. BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Ob. cit.*, p. 119.

593 Celso Furtado produziu mais de trinta livros entre 1954 e 1992. Já havia produções esparsas de Furtado a partir da década de 1950, podendo-se citar: A economia brasileira (1952); Uma economia dependente (1956); Perspectivas da economia brasileira (1958); Formação econômica do Brasil (1959); e especialmente em Desenvolvimento e subdesenvolvimento (1961) e Dialética do desenvolvimento (1964). O pensamento de Celso Furtado foi organizado e aprofundado em Teoria e política do desenvolvimento econômico (1967). Cf. Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento. Disponível em: [Centro Celso Furtado](#). Acesso em: 23 fev. 2023.

594 Cf. FURTADO, Celso. **Obra autobiográfica** – Celso Furtado. v. 2. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 214-219. obra “A fantasia desfeita”.

595 Pode citar as obras de Celso Furtado desse período: A economia brasileira (1952), Uma economia dependente (1956), Perspectivas da economia brasileira (1958), Formação econômica do Brasil (1959), e especialmente em Desenvolvimento e subdesenvolvimento (1961) e Dialética do desenvolvimento (1964). O pensamento de Celso Furtado foi organizado e aprofundado em Teoria e política do desenvolvimento econômico (1967).



Disto, o conceito de desenvolvimento pode ser abordado a partir de três critérios, que se relacionam de forma complexa: o do incremento da eficiência do sistema produtivo; o da satisfação das necessidades básicas da população; e o da consecução de objetivos que se propõem distintos grupos de uma sociedade e que competem na utilização de recursos escassos. O terceiro critério é certamente o mais difícil de precisar, pois o que é bem-estar para um grupo social pode parecer simples desperdício de recursos para outro. Esta a razão pela qual a concepção de desenvolvimento de uma sociedade não é independente de sua estrutura social, e tampouco a formulação de uma política de desenvolvimento é concebível sem a tutela de um sistema de poder.<sup>596</sup>

O pensamento furtadiano com característica social-desenvolvimentista vem fundado na atenção especial atribuída à população, com relação às necessidades básicas, à força de trabalho em meio à tutela do Estado. Dessa forma, distancia-se do conceito de desenvolvimentismo com perspectiva economicista, o que faz com que receba diversas críticas, seja do campo conservador, seja do progressista.<sup>597</sup>

No entanto, o pensamento furtadiano, que associa o desenvolvimento econômico ao bem-estar social, conduz ao entendimento de que deve haver uma engrenagem que vincule o social, o econômico e o desenvolvimento. A relação do desenvolvimento em um ambiente democrático decorre de alguns argumentos ao longo das produções de Furtado, que levou em consideração elementos históricos no sentido de que, embora o capitalismo industrial tenha produzido o antagonismo de classes, também demonstrou que o regime democrático permitia a expressão de ideias para o alcance de soluções adequadas. Nesse sentido, Furtado se reportou aos indicadores da Europa e dos Estados Unidos e apontou que não se tratava de respostas à industrialização ou à economia, mas foi possível em razão do regime democrático daqueles países.<sup>598</sup>

Dessa forma, o ambiente democrático, com a livre participação das instituições, é favorável ao social-desenvolvimentismo na visão reformista de Furtado. Isso porque as reflexões do autor na década de 1950, com vista à superação do subdesenvolvimento, já apontavam para três direções ou medidas essenciais: (i) “o abandono do critério de vantagem comparativa estática como fundamento da inserção na divisão internacional do trabalho”<sup>599</sup>; (ii) a adoção do planejamento como meio ordenador da ação do Estado e cujas funções no meio econômico cresceriam na medida da superação do subdesenvolvimento, onde está presente o aspecto social por meio da superação das desigualdades; e (iii) “fortalecimento das instituições da sociedade civil, principalmente dos sindicatos de trabalhadores rurais e urbanos, de cuja ação se poderia esperar a renovação das bases sociais de sustentação do Estado e a contestação dos padrões prevaletentes de distribuição de renda”.<sup>600</sup>

Das três medidas sugeridas, essa terceira foi a que mais se distanciou do que a reflexão do autor indicava como desejável para o desenvolvimento do Brasil. Sobre a terceira direção, lê-se que: “O terceiro ponto refere-se ao papel das instituições da sociedade civil no processo de desenvolvimento, concebido este como elevação do nível de vida material com homogeneização social e ampliação do horizonte de aspirações dos membros da coletividade. Foram as revoluções liberais da Inglaterra e da França que deram origem ao padrão de organização política progressivamente pluralista, base do modelo de desenvolvimento que veio a prevalecer no mundo ocidental industrializado. Ora, a revolução liberal é fenômeno dos séculos XVII e XVIII. Aquelas tentadas no século XIX frustraram-se. Foi necessário encontrar um substitutivo para as reformas institucionais obtidas mediante consenso das próprias classes dirigentes e orientadas para a ampliação das bases sociais de sustentação do Estado. Esse caminho indireto foi percorrido com percalços por países como a Alemanha, a Itália e a Espanha, e somente na segunda metade do século atual produziu os resultados almejados.”<sup>601</sup>

Para reafirmar o necessário fortalecimento das instituições da sociedade civil, no ano de 2004, Furtado apresentou um ensaio<sup>602</sup> na oportunidade em que foi homenageado por Kofi Annan, Secretário Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), e frisou que os instrumentos dos quais se dispõem não são suficientes para superar o subdesenvolvimento, no aspecto da microeconomia ou a macroeconomia. Ademais, afirmou que, qualquer que seja o exercício analítico, a dimensão política se afigura como

596 Cf. FURTADO, Celso. *Essencial Celso Furtado*. *Ob. cit.*, p. 102.

597 Nesse sentido, são críticos do desenvolvimentismo sob a perspectiva da América Latina: GUDIN, Eugênio; SIMONSEN, Roberto. **A controvérsia do planejamento na economia brasileira**. 3. ed. Brasília: IPEA, 2010, p. 100; PELÁEZ, Carlos Manuel. Resenha bibliográfica, **Revista Brasileira de Economia**, n. 4, v. 25, 1971, p. 267-269.

598 FONSECA, Pedro Cezar Dutra. *Ob. cit.*, p. 83.

599 FURTADO, Celso. *Ob. cit.*, p. 38. Ensaio “entre inconformismo e reformismo: interrogar a história como economista”, publicado no ano de 1987, p. 27-41.

600 *Ibidem*, p. 27-41.

601 *Ibidem*, p. 40.

602 *Ibidem*, p. 53.



indispensável. Furtado enfatizou que o avanço social dos países que lideraram o desenvolvimento não foi automático e inercial, mas decorreu de pressões políticas da população. Vale dizer que são as pressões políticas que definem o perfil de uma sociedade e não o valor mercantil da soma de bens e serviços por ela consumidos ou acumulados. Assim, para Furtado, só haverá o verdadeiro desenvolvimento, que não se confunde com o crescimento econômico, o qual normalmente reflete o resultado de mera modernização das elites, onde houver incluído um projeto social. E concluiu que: “*é só quando prevalecem as forças que lutam pela efetiva melhoria das condições de vida da população que o crescimento se transforma em desenvolvimento*”.<sup>603</sup>

Essas propostas de Furtado, com relação ao fortalecimento das instituições da sociedade civil, foram publicadas inicialmente no ano de 1987 e apontam para a similitude dos fatos políticos e planos de governo adotados no ano de 1930, como denominado populismo de Getúlio Vargas. No mandato de Luiz Inácio Lula da Silva, quando foi proposto um plano de governo social-desenvolvimentista, a partir do qual houve o desenvolvimento do projeto de reforma sindical em um procedimento de democracia participativa (2005). Com a racionalidade econômica, de crescimento econômico e competitividade, no governo de Michel Temer no ano de 2017, foi aprovada a Reforma Trabalhista, que impactou de forma negativa para os sindicatos de trabalhadores. No ano de 2018, com o chamado autoritarismo de Jair Bolsonaro, na ausência de um plano de governo técnico, se propiciou a verticalização da descoletivização das relações de trabalho e a vigência do mecanismo de negociação individual, em prejuízo da negociação coletiva expressamente prevista na CRFB-1988 para a adoção de algumas espécies de alterações no contrato de trabalho, inclusive a suspensão do contrato de trabalho e a redução de jornada de trabalho (com a consequente redução proporcional de remuneração), por meio da Lei nº 14.020/2020. As consequências destes atos governamentais consolidam a urgência de um projeto social desenvolvimentista para o Brasil.

Para que sejam atingidos os objetivos defendidos por Celso Furtado, em conjunto com a Agenda 2030, a CRFB-1988 oferece fundamentos sólidos, expressos capítulos que se referem aos princípios fundamentais, aos direitos sociais e este especificamente ao prever a autonomia sindical. Isso porque aos sindicatos de trabalhadores, com a atribuição constitucional de “defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”<sup>604</sup>, deve-se somar a compreensão de que o incentivo à inclusão e à participação dos atores sociais, em especial dos trabalhadores, revela, historicamente, que a conquista de direitos mínimos e o nascimento de garantias contra a exploração do trabalho humano foram reflexos da capacidade de união para a luta pelos seus interesses. Essa união só apresenta resultados de forma eficaz se a defesa das pautas ocorrer em um ambiente de liberdade e de proteção aos representantes dos trabalhadores. Portanto, as grandes conquistas no mundo jurídico trabalhista dependem da somatória de forças, e, neste sentido, é reconhecida a importância da atuação dos sindicatos de trabalhadores.<sup>605</sup> Nessa perspectiva, para além da conquista de melhores condições aos trabalhadores, pode-se vislumbrar um favorecimento para a construção de um social desenvolvimentismo.

## CONCLUSÃO

O debate sobre o desenvolvimento sofreu uma mitigação no Brasil no período do regime da ditadura militar (1964-1985). Especialmente a partir da década de 1980, o papel do Estado na economia foi contestado em razão da proposta de um Estado neoliberal, pautado na economia de mercado, que determina as decisões políticas e jurídicas, com a relativização da autoridade estatal. Em sentido oposto, as teorizações sobre a viabilidade e os caminhos possíveis para o desenvolvimento nacional reapareceram, após o auge da globalização neoliberal, com a consideração de que o desenvolvimento e a democracia eram atuais, na medida em que as integrações social, econômica e política exigiam a presença do Estado, especialmente, por meio do contrato social no contexto da democracia. E no âmbito das políticas desenvolvimentistas, considerado o neoliberalismo e seus reflexos para o trabalho, os sindicatos estavam vinculados ao Estado. A este contexto deve ser somada a Agenda 2030 (ONU) que trouxe uma perspectiva diferenciada de desenvolvimento, o desenvolvimento sustentável.

603 FURTADO, Celso. **Essencial Celso Furtado**. In: D'AGUIAR, Rosa Freire (org.). São Paulo: Penguin Companhia, 2013, p. 53. O verdadeiro desenvolvimento. Apresentação na XI reunião da Unctad, realizada em São Paulo em junho de 2004, em que Celso Furtado foi homenageado pelo secretário-geral da ONU, Kofi Annan.

604 Artigo 8º, inciso II, da Constituição da República de 1988 (CR-88). Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://Constituição(planalto.gov.br)). Acesso em: 23 fev. 2023.

605 Ao se tratar da importância da atuação dos sindicatos de trabalhadores, comumente é contraposta a necessária liberdade sindical, nos moldes estabelecidos pela Convenção 87, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ante o modelo de unicidade sindical vigente no Brasil.

### 35 ANOS DA CRFB: os direitos sociais e econômicos e o desenvolvimento sustentável

A compreensão da concepção de desenvolvimento da Agenda 2030 (ONU) em conjunto com a produção teórica desenvolvimentista do pensamento furtadiano e da CRFB-1988 é complementar e indica a posição essencial que os sindicatos de trabalhadores ocupam para a conquista e manutenção de direitos sociais.

Dessa forma, o desenvolvimento pode ser atingido com a transformação das estruturas sociais, o que é alcançável por meio de um estado social-desenvolvimentista cuja construção passa pela emancipação social. Para essa consecução, a representatividade dos sindicatos, expressa na majoritária sindicalização dos trabalhadores, afigura-se essencial, pois um sindicalismo forte e representativo possibilita melhores negociações e o alcance de patamares mais elevados para todos os segmentos de trabalhadores e da própria sociedade, com o fomento ao social desenvolvimentismo.

## **RELAÇÕES UMBILICAIS ENTRE O DIREITO À INFORMAÇÃO, A BOA-FÉ E A NEGOCIAÇÃO COLETIVA**

### **UMBILICAL CONNECTIONS BETWEEN THE RIGHT TO INFORMATION, GOOD FAITH AND COLLECTIVE NEGOTIATION**

**Marcus de Oliveira Kaufmann\***

**RESUMO:** O estudo aborda a interseção entre o direito à informação, a boa-fé e a negociação coletiva, contextualizando a operacionalização do direito à informação como elemento fundamental para o sucesso do processo negocial, mormente no contexto jurisprudencial, pela via do Supremo Tribunal Federal, de incremento dos limites da negociação coletiva em um período pós-pandêmico.

**ABSTRACT:** The study addresses the intersection between the right to information, good faith and collective negotiation, contextualizing the operationalization of the right to information as a fundamental element for the success of the negotiation process, especially in the jurisprudential context of increasing the limits of collective negotiation on a post-pandemic era.

#### **INTRODUÇÃO**

As palavras “informação” e “informações” aparecem, no texto constitucional, em conjunto, em 28 (vinte e oito) oportunidades, mas em apenas uma em interseção mais relevante com o desenvolvimento de direitos sociais, o que se depreende a partir do art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal, segundo o qual é assegurado, a todos, o acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional.

A despeito dessa timidez textual, pouco se explora, a não ser em lições gerais, a força constitucional que a garantia ao direito à informação revela para o desenvolvimento da participação dos trabalhadores na gestão da empresa (art. 7º, inciso XI, da Constituição Federal) e para o desenvolvimento da boa-fé na negociação coletiva (art. 7º, incisos VI, XIII e XXVI, da Constituição Federal).

As interfaces existentes entre o princípio da boa-fé e a prerrogativa sindical à negociação coletiva vem sendo explorada, à exaustão, nos fóruns acadêmicos e foros de justiça há muito tempo, mas a complexidade do tema é de tal envergadura que ainda parece permitir algum adensamento crítico para um melhor desempenho da negociação coletiva. Da óbvia relação entre a boa-fé e a negociação coletiva, alguma reflexão é necessária para fixar, de uma vez por todas, o direito à informação como elemento e produto indissociável da boa-fé e da negociação coletiva.

A necessidade de tal reflexão se torna, hoje, mais evidente diante de recentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, quando provocado para se pronunciar a respeito das garantias e direitos previstos nos arts. 1º, inciso IV; 2º; 3º, inciso I; 4º, inciso IV; 5º, incisos II, LV, XXXV e XXXVI; 7º, incisos I, XIII e XXVI; 114; 170, inciso II e parágrafo único, da Constituição Federal; e 10, inciso II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), identificados, por exemplo, nas teses fixadas para os temas nº 152<sup>606</sup>, 638<sup>607</sup> e 1.046<sup>608</sup> da tabela de repercussão geral.

---

606 “A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado.”

607 “A intervenção sindical prévia é exigência procedimental imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, que não se confunde com autorização prévia por parte da entidade sindical ou celebração de convenção ou acordo coletivo.”

608 “São constitucionais os acordos e as convenções coletivas que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitadas os direitos absolutamente indisponíveis.”

## 1. A TRIANGULAÇÃO ENTRE O DIREITO À INFORMAÇÃO, BOA-FÉ E A NEGOCIAÇÃO

*Arion Sayão Romita*, em sua construção exemplar, após arrolar os direitos à dignidade da pessoa; à proibição de trabalho escravo (ou forçado); à intimidade; à vida; à honra; à imagem; à livre manifestação do pensamento; à liberdade de consciência e de crença; à liberdade de expressão e de, frise-se, *informação*; ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas; à igualdade; e à proteção contra a discriminação como direitos fundamentais de cariz essencialmente individual, refere-se, ainda, aos chamados “direitos de solidariedade”, que se relacionam aos vínculos que unem os trabalhadores entre si, mais próximos ao temário do Direito Coletivo do Trabalho<sup>609</sup>, como direitos fundamentais.

Segundo o autor, dentre os direitos fundamentais de solidariedade, alguns se destacam, como o direito à sindicalização, à *negociação coletiva*, à greve, à representação dos trabalhadores e dos sindicatos nas empresas, à proteção contra a despedida injustificada, ao repouso, à saúde e à segurança no trabalho e no meio ambiente do trabalho.<sup>610</sup>

Todos esses direitos são fundamentais do trabalho, do Direito Coletivo do Trabalho, porque todo o Direito do Trabalho, ainda na expressão de *Arion Sayão Romita*, persegue a obtenção de uma igualdade mínima em proveito dos trabalhadores, quer por meio da intervenção heterônoma do legislador, quer por meio da instrumentalização do apoio à atividade sindical.

Nessa mesma linha, está *Oscar Ermida Uriarte*, segundo o qual o princípio da proteção é o princípio básico do Direito do Trabalho, que se exerce de duas maneiras: a primeira, pela via heterônoma, pelo Estado, pela lei, principalmente para os fins do Direito Individual do Trabalho; a segunda, pela via autônoma, pela proteção à ação sindical, especialmente a proteção à autonomia privada coletiva e à autotutela. *Oscar Ermida Uriarte* sustenta que a lei liberta o homem no plano das relações individuais do trabalho, enquanto a autonomia da ação coletiva é que liberta o homem no plano das relações coletivas do trabalho. A autonomia sindical, que garante a proteção à ação sindical, é que, no Direito Coletivo do Trabalho, faz valer o princípio protetivo<sup>611</sup> do Direito do Trabalho.

Um dos direitos fundamentais de solidariedade, de cariz coletivo, é o da negociação coletiva, que ser perfaz, no mundo dos fatos, pela garantia de que o sistema reagirá à desordem pela via da instrumentalização normativa da autonomia coletiva livre, ou seja, pela instigação ao desenvolvimento de uma plena autonomia coletiva, imbuída de boa-fé.

Como o Brasil se encontra em contexto de mitigada e tolhida liberdade sindical, não se tem dúvidas de que, como ferramenta para, ainda nesse sistema, identificar verdadeiras e legítimas representatividades sindicais e para impulsionar verdadeiras e fortes autonomias coletivas baseadas em boa-fé, é preciso que sejam utilizadas, no campo da dogmática, as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados que permeiam a legislação civil.

A aplicação da cláusula geral da boa-fé à negociação coletiva é perfeita para ilustrar a vinculação dos embates em relações coletivas de trabalho aos preceitos da eticidade, em alinhamento ao disposto no item 2 da Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento, de 1998, segundo o qual “*todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é: a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação*”.

Um dos motivos que surgem para explicar esse contínuo e permanente interesse pelo debate a respeito da fundamentalidade da boa-fé no processo de negociação coletiva ou da inexistência de negociação coletiva sem a presença da boa-fé é a constatação, um tanto quanto tranquila, de que o Brasil ainda não é um país a respeito do qual se poderia dizer ter atingido a maturidade ou a experiência necessária na vivência de um sistema normativo que contemple a relação umbilical entre a boa-fé e a negociação coletiva.

609 Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. 2ª ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007, p. 338.

610 *Ibidem*, p. 339.

611 Primera Lectura de la Ley 17.940 de Protección de la Actividad Sindical. Derecho Laboral. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, tomo XLIX, nº 221, enero-marzo: 237-259, 2006, p. 244.

Para que a negociação coletiva seja imbuída de boa-fé e para que a boa-fé conduza a negociação coletiva, há de se assegurar a eficácia ao direito à informação.

Isso porque o direito à informação não só é um direito tido por fundamental (de cariz individual), mas como, ao mesmo tempo, é também caracterizado como um (i) dos deveres anexos (ou de proteção) que surgem das funções da boa-fé objetiva<sup>612</sup> (funções interpretativa, criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção e delimitadora do exercício de direitos subjetivos), extraído da cláusula geral do art. 422 do Código Civil Brasileiro e extensível a todo o ordenamento jurídico trabalhista por intermédio do art. 8º da CLT; bem como um (ii) princípio<sup>613</sup> ou um elemento essencial à ritualística da negociação coletiva.

Se isso não bastasse, o direito à informação, no amálgama que forma com a boa-fé objetiva e com a negociação coletiva, também constitui o primeiro nível a partir do qual se pode raciocinar, a partir da participação do trabalhador na gestão da empresa, a integração do trabalhador à empresa em prol da criação de verdadeira cidadania na empresa ou de uma democracia industrial.

Para os fins deste estudo, é possível, ainda que com certas reservas, incluir o procedimento de negociação coletiva como um método possível, ainda mais no Brasil, de participação dos trabalhadores no governo ou na gestão da empresa. É que não se pode negar a influência que, nos rumos da empresa, podem determinar os instrumentos coletivos de trabalho (desde acordos marco setoriais ou globais até os instrumentos, nacionais, como a convenção coletiva de trabalho e o acordo coletivo de trabalho no Brasil e acordos outros, com índole intraempresa, em outros países), ainda que a negociação coletiva de trabalho tenha origem externa à empresa<sup>614</sup>, enquanto deliberada mediante modos e cenários externos à empresa, mais próximos à ideia, principalmente no Brasil, da coletividade aperfeiçoada no conceito de categoria, ainda que fracionada no caso de acordo coletivo de trabalho. Nesse sentido, a negociação coletiva de trabalho pode servir como um exemplo de uma participação externa dos trabalhadores no governo ou na gestão da empresa.

Para impulsionar a autonomia coletiva pela via do instrumental Direito Coletivo do Trabalho, a negociação coletiva de trabalho, portanto, prescinde do direito à informação como dever anexo da boa-fé objetiva, que não só é fundamental, mas como possui, também, natureza instrumental<sup>615</sup> e, portanto, a serviço do exercício de outros direitos e funções sindicais de intensidade maior para a efetivação da autonomia coletiva, como é o caso da própria negociação coletiva.

Não é possível dissociar, já de início, portanto, a boa-fé da negociação coletiva, assim como não é possível dissociar a boa-fé e a negociação coletiva do direito à informação, o que garante a formulação da conclusão no sentido de que, sem boa-fé, não há negociação coletiva e de que, de forma mais contundente em caracterização da relação triangular existente entre os institutos, sem o direito à informação, não há boa-fé que venha a caracterizar a eticidade nas relações coletivas de trabalho.

## 2. O DIREITO À INFORMAÇÃO EM FOCO

Em dezembro de 2000, o Conselho Europeu, em *Niza*, reunido para adaptar o funcionamento das instituições europeias à futura incorporação de novos Estados-Membros, fez proclamar a “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, na qual, pela primeira vez, os direitos sociais, de natureza mais coletiva (nos arts. 12, 27 e 28), assumiram e compartilharam o protagonismo, em um mesmo documento, com os outros direitos de caráter civil e político já tradicionalmente reconhecidos como direitos fundamentais.

---

612 PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. *A Boa-Fé nas Negociações Coletivas Trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2011, pp. 100 e 110; e CRUZ, Claudia Ferreira. *A Boa-Fé Objetiva e os Deveres Anexos*. In: ALMEIDA, Renato Rua de (coord.); OLMOS, Cristina Paranhos (org.). **Direitos Fundamentais Aplicados ao Direito do Trabalho**. Volume II. São Paulo: LTr, p. 20-38, 2012, p. 28-29.

613 MAISTRO JR., Gilberto Carlos. **O Princípio da Boa-Fé Objetiva na Negociação Coletiva**. São Paulo: LTr, 2012, p. 234-235. Já é bastante conhecida e explorada, no direito brasileiro, a qualificação do direito à informação como um dos requisitos ou princípios da negociação coletiva, por vezes considerado caracterizador do princípio da lealdade e da transparência. Para tanto, por todos, ALVES, Amauri César. **Manual de Direito do Trabalho: Direito Coletivo do Trabalho**. Volume III. Belo Horizonte: RTM, 2021, p. 153; DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017, p. 78-79; FREITAS, Cláudio. **Direito Coletivo do Trabalho**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2021, p. 62-64; GUNTHER, Luiz Eduardo; VILLATORE, Marco Antônio César. *O Princípio do Direito e Dever da Informação ou da Transparência na Negociação Coletiva Trabalhista*. In: DELGADO, Mauricio Godinho; PEREIRA, Ricardo Macedo de Britto; DIAS, Valéria de Oliveira; MENESES, Alline Bessa de; BERNARDES, Simone Soares; RODRIGUES, Yuli Barros Monteiro (org.). **Democracia, Sindicalismo e Justiça Social: Parâmetros Estruturais e Desafios no Século XXI**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 947-964, *passim*.

614 Considerando a negociação coletiva ao lado do direito à informação, ambos aptos a incentivar a participação dos trabalhadores no governo da empresa, posiciona-se MARCOS-SÁNCHEZ, José. **Negociación Colectiva y Código de Conducta: Diagnóstico y Propuestas para los Sindicatos de Nestlé en América Latina**. Lima: Oficina Internacional del Trabajo, 2000, p. 80.

615 GARRIDO PÉREZ. **La Información en la Empresa: Análisis Jurídico de los Poderes de Información de los Representantes de los Trabajadores**. Madrid: Consejo Económico y Social (CES), 1995, p. 47.



Tais direitos de natureza coletiva foram organizados em três grandes blocos: (i) o da liberdade sindical e associativa; (ii) o de negociação coletiva e de ação coletiva; e, destaque-se, (iii) o de informação e de consulta na empresa.<sup>616</sup>

Para o trato dos direitos à informação e à consulta, o Parlamento e o Conselho da União Europeia, em 11 de março de 2002, estabeleceram um quadro geral alusivo à informação e à consulta dos trabalhadores mediante a Diretiva nº 2002/14/CE.

Em sua parte normativa, a Diretiva nº 2002/14/CE reforçou o entendimento, calcado no princípio da subsidiariedade do direito comunitário, de que na definição ou na implementação das regras em matéria de informação e de consulta segundo as legislações e práticas nacionais, o empregador e os representantes de trabalhadores devem agir em espírito de cooperação e com o respeito pelos direitos e deveres recíprocos (art. 1º, item 3), lição importante para a negociação coletiva.

Deixando a consulta de lado, mas particularmente em relação ao direito à informação, a Diretiva nº 2002/14/CE, em seu art. 2º, item “f”, tratou da informação como sendo a transmissão de dados por parte do empregador aos representantes dos trabalhadores a fim de que os trabalhadores tenham conhecimento do assunto e possam analisá-lo.

Ainda segundo a Diretiva nº 2002/14/CE (art. 4º, item 2, alíneas “a”, “b” e “c”), o direito à informação compreende (i) a informação sobre a evolução recente e a evolução provável das atividades da empresa ou do estabelecimento e a sua situação econômica; (ii) os dados sobre a situação, a estrutura e a evolução provável do emprego na empresa ou no estabelecimento; e (iii) os dados sobre as decisões suscetíveis de desencadear mudanças em matérias de organização do trabalho ou dos contratos de trabalho. No item 3 do art. 4º da Diretiva nº 2002/14/CE, dispõe-se que a informação é prestada em momento, na forma e com conteúdo suscetíveis de permitir que os representantes de trabalhadores procedam a um exame apropriado, de modo a poderem se preparar para o início do rito negocial.

No item 4 do art. 4º, por sua vez, determina-se que a informação é realizada (i) em locais, forma e conteúdo apropriados; (ii) no nível adequado de direção e de representação obreira; (iii) com base no parecer dos representantes dos trabalhadores; e (iv) deve permitir, aos representantes de trabalhadores, que se reúnam com o empregador e obtenham uma resposta fundamentada.

A instrumentalização das possibilidades e meios dos direitos de informação no âmbito dos atos legislativos da União Europeia demonstra que, em países fora do eixo europeu, como é o caso do Brasil, há um longo caminho a trilhar no que diz respeito a alavancagem da ideia de que o acesso, livre, à informação é um desdobramento natural do direito fundamental de que possuem os trabalhadores para o desenvolvimento de uma voz ativa por meio de suas representações sindicais na construção de outros direitos que visem à melhoria de sua condição social ou, em outras palavras, para o desenvolvimento de negociações coletivas fundadas na boa-fé.

A garantia à eficácia do direito à informação, como forma de garantir a existência de negociações coletivas embasadas em boa-fé é fundamental porque as empresas, e suas representações sindicais, não possuem vocação para assumirem a mesma função de integração social que os sindicatos assumem, uma vez considerados como atores inevitáveis da gestão dos conflitos de trabalho.

Sindicatos são organizações políticas, enquanto que as empresas são organizações hierárquicas. Os gerentes empresariais são lembrados a serem sensíveis às pressões políticas enfrentadas por um dirigente sindical, enquanto que os dirigentes sindicais são lembrados a serem alertas quanto aos obstáculos hierárquicos enfrentados por um gerente.<sup>617</sup>

---

616 FERNÁNDEZ DOCAMPO, Belén. **La Participación de los Trabajadores en el Derecho Social Comunitario**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 45. Do texto da “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, tem-se: “Artigo 12. Liberdade de reunião e de associação 1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação a todos os níveis, nomeadamente nos domínios político, sindical e cívico, o que implica o direito de, com outrem, fundarem sindicatos e de neles se filiarem para a defesa dos seus interesses. 2. Os partidos políticos ao nível da União contribuem para a expressão da vontade política dos cidadãos da União. (...) Artigo 27. Direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa Deve ser garantida aos níveis apropriados, aos trabalhadores ou aos seus representantes, a informação e consulta, em tempo útil, nos casos e nas condições previstos pelo direito da União e pelas legislações e práticas nacionais. Artigo 28. Direito de negociação e de acção colectiva Os trabalhadores e as entidades patronais, ou as respectivas organizações, têm, de acordo com o direito da União e as legislações e práticas nacionais, o direito de negociar e de celebrar convenções colectivas aos níveis apropriados, bem como de recorrer, em caso de conflito de interesses, a acções colectivas para a defesa dos seus interesses, incluindo a greve”.

617 VERMA, Anil; CUTCHER-GERSHENFELD, Joel. Joint Governance in the Workplace: Beyond Union-Management Cooperation and Worker Participation. In: KAUFMAN, Bruce E.; KLEINER, Morris M. (ed.). **Employee Representation: Alternatives and Future Decisions**. Madison: Industrial Relations Research Association, p. 197-234, 1993, p. 226.

Diante das circunstâncias expostas, os entraves à negociação coletiva só podem ser ultrapassados se garantido, normativamente, o acesso à informação com a garantia da boa-fé, cenário que o Brasil ainda está, infelizmente, longe de atingir.

Se serve como exemplo do que se pode alcançar em termos de Direito Coletivo do Trabalho, a Diretiva nº 2002/14/CE da União Europeia, depois acompanhada pela Diretiva nº 94/45/CE<sup>618</sup> sobre os comitês de empresa europeus, bem ilustra que o direito de informação desempenha, no mundo moderno, “um papel de primeiro plano nas relações colectivas de trabalho”<sup>619</sup> também para incrementar a importância da negociação coletiva para o mundo externo às empresas.

Não sem razão é que *Arion Sayão Romita* leciona no sentido de que o moderno Direito do Trabalho “assiste à evolução do direito de informação como direito individual, para direito em sentido coletivo”.<sup>620</sup>

O direito de informação (de informar, de informar-se e de ser informado) constitui um direito fundamental que possui a particularidade de assumir o caráter de um direito coletivo, sem deixar de ser um direito individual. O direito de ou à informação é, em verdade, um direito elementar em todo o espaço que compreende as relações de trabalho<sup>621</sup>, mormente as das relações coletivas e o da negociação coletiva de trabalho.

Segundo *Héctor Zapirain*, com base em *Oscar Ermida Uriarte*, são quatro os possíveis aspectos da informação no Direito do Trabalho nesse contexto: (i) como um dos graus da participação dos trabalhadores na gestão da empresa, que demandaria um outro estudo; (ii) como um dos requisitos (ou, mesmo, princípio) da negociação coletiva, tal como já asseverado anteriormente; (iii) como um requisito para os casos de encerramento de estabelecimento e de redução de pessoal; e (iv) como um direito genérico, verdadeiro dever anexo derivado da boa-fé, contrapartida natural e necessária do dever de lealdade tão essencial ao Direito Coletivo do Trabalho (enquanto elemento, mesmo, do princípio da liberdade sindical) como, também, ao Direito Individual do Trabalho<sup>622</sup> (enquanto decorrente do princípio geral da boa-fé objetiva).

Obviamente, a despeito dos avanços que, normativamente, se constata na Europa, seja pelo Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais, de 1950; pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000; pelo Tratado sobre a Constituição Europeia, de 2004, que consagra a liberdade de expressão e de informação; seja, nas Américas, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Pacto de San José da Costa Rica”), de 1969; sem desconsiderar a incorporação do direito à informação na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU e nas Constituições que consagram explicitamente o direito da liberdade de acesso à informação como um direito fundamental, como é o caso, ao lado da Alemanha, da Espanha, de Portugal, do Paraguai, do Peru, também do Brasil (arts. 5º, incisos XIV e XXXIII; e 220, *caput*).

O direito à informação, que compreende o direito de transmitir informações, de colher informações, de se manter informado, de comunicação, de investigação e de indagação, e de recepção livre de fatos ou notícias, possui um núcleo que vai mais além do que um direito simplesmente individual, uma vez que se constitui em uma liberdade cuja existência é pressuposto para o exercício e para a garantia de outras liberdades. O sujeito obrigado a prestar informações, o Estado ou o ente privado (empregador), não podem, simplesmente, se abster de adotar medidas restritivas ou limitativas ao exercício da liberdade (de investigar e de receber informação), uma vez que devem facilitar o acesso a fontes de informação e, sobretudo, de proporcionar a informação que se deseja de forma célere e desimpedida.<sup>623</sup>

No plano das relações coletivas de trabalho, o direito à informação, dada a sua conexão com os mecanismos de autotutela sindical, assume um caráter típico dos institutos de Direito Coletivo do Trabalho, ou seja, um caráter instrumental, de meio mediante o qual contam as organizações sindicais de trabalhadores para o exercício de suas missões constitucionais, entre as quais a de desenvolverem a negociação coletiva com boa-fé.

---

618 Posteriormente reformatada na Diretiva nº 2009/38/CE, de 6 de maio de 2009.

619 SUPPIOT, Alain; EMILIA CASAS, María; DE MUNCK, Jean; HANAU, Peter; JOHANSSON, Anders; MEADOWS, Pamela; MINGIONE, Enzo; SALAIS, Robert; VAN DER HEIJDEN, Paul. **Transformações do Trabalho e Futuro do Direito do Trabalho na Europa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 149.

620 *Ob. cit.*, p. 37.

621 ZAPIRAIN, Héctor. **Derecho de Información y Negociación Colectiva**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 12.

622 *ibidem*, p. 31-32 e 42.

623 ZAPIRAIN, Héctor. *Ob. cit.*, p. 26-27.

No seio da OIT, várias normas fazem referência ao direito de informação, em diferentes níveis. É o caso da Recomendação nº 129 de 1967, sobre as comunicações dentro da empresa.<sup>624</sup>

A Diretiva nº 2002/14/CE da União Europeia, atualizando, em certa medida, os termos da bem dogmática Recomendação nº 129 da OIT, em seu art. 2º, item “f”, tratou da informação como sendo a transmissão de dados por parte do empregador aos representantes dos trabalhadores a fim de que os trabalhadores tenham conhecimento do assunto e possam analisá-lo.

Ainda segundo a Diretiva nº 2002/14/CE (art. 4º, item 2, alíneas “a”, “b” e “c”), o direito à informação compreende (i) a informação sobre a evolução recente e a evolução provável das atividades da empresa ou do estabelecimento e a sua situação econômica; (ii) os dados sobre a situação, a estrutura e a evolução provável do emprego na empresa ou no estabelecimento; e (iii) os dados sobre as decisões suscetíveis de desencadear mudanças em matérias de organização do trabalho ou dos contratos de trabalho.

No item 3 do art. 4º da Diretiva nº 2002/14/CE, dispõe-se que a informação é prestada em momento, na forma e com conteúdo suscetíveis de permitir que os representantes de trabalhadores procedam a um exame apropriado, de modo a poderem se preparar para o início do rito negocial.<sup>625</sup>

Pela Recomendação nº 129 da OIT, um pouco mais engenhosa do que a Diretiva nº 2002/14/CE da União Europeia, o que não quer dizer que ambos os instrumentos não se completem, a informação é instrumental à negociação coletiva. Assim, é possível sustentar que a privação ilegal do direito de informação impedirá, para os trabalhadores, para além dos muros da empresa, o desenvolvimento da negociação coletiva de forma coerente com a realidade.<sup>626</sup>

Reconhece-se, assim, ao direito de informação, um suporte imprescindível para a atividade sindical, especialmente para a negociação coletiva. Nessa perspectiva, tem-se o caso da Convenção nº 154, de 1981, sobre a negociação coletiva, da OIT, ratificada pelo Brasil em 1992, e que, muito embora não possua previsão expressa quanto à comunicação de informações aos trabalhadores, faz deduzir, por sua importância, que a obrigação de prestar informações se encontra reconhecida de forma implícita quando do trato da negociação coletiva.

A Recomendação nº 163, de 1981, sobre a negociação coletiva, complementar à Convenção nº 154 da OIT, já é um pouco mais explícita. Prevê que, caso seja necessário, os Estados deverão adotar medidas adequadas para que as partes possam dispor de informações necessárias para poder negociar com conhecimento de causa, com o que os empregadores, públicos e privados, bem como as autoridades públicas, devem proporcionar, diante de pedido das organizações de trabalhadores, as informações necessárias para o processo de negociação coletiva com conhecimento de causa.

No Brasil, que vivencia, após uma fase de agonia nos idos de 2020<sup>627</sup>, o que parece ser um ressurgimento do prestígio à negociação coletiva, mormente em razão de recentes pronunciamentos judiciais em prol do “negociado versus legislado”, encontrado, por exemplo, nas já referidas teses dos temas 152, 638 e 1.046 da tabela de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, o dever de informação, assim considerado para o lado dos empregadores, poderia impulsionar a prática da negociação coletiva mediante a imposição de obrigação, pela via judicial, eventualmente, a que a empresa revele as informações necessárias para a negociação, quando a prática desleal da empresa não segue a principiologia própria da boa-fé

624 Antes da Recomendação nº 129, a OIT já havia versado o tema, de alguma forma, na Recomendação nº 94, de 1952, sobre a consulta e a colaboração entre empregadores e trabalhadores no âmbito da empresa, e na Recomendação nº 113, de 1960, sobre a consulta e a colaboração entre as autoridades públicas e as organizações de empregadores e trabalhadores nos setores da atividade econômica e no âmbito nacional. De maneira geral, essas Recomendações reduzem-se à estimulação e à promoção de uma colaboração entre as partes.

625 É importante não confundir o direito à informação aqui tratado com o direito à informação versado na Diretiva 2019/1152, que trata da informação como dado a ser acessível, por transparência, sobre as condições de trabalho e as circunstâncias que as envolvem (regras aplicáveis, etc.). Todos esses direitos à informação são, evidentemente, complementares e interdependentes, mas o direito que aqui se trata versa, com mais ênfase, do tráfego de informações, intermediados pela representação coletiva de trabalhadores (sindicatos ou outras representações de perfil unitário e não sindical, a depender da modelagem jurídica da localidade), para os fins negociais.

626 SEPÚLVEDA GÓMEZ, María. **Los Efectos Patrimoniales Derivados de la Conducta Antisindical del Empresario**. Albacete: Bomarzo, 2004, p. 42.

627 Da miríade normativa promovida desde a eclosão da pandemia, surge evidente que os instrumentos próprios da negociação coletiva, não foram reverenciados, mas, isso sim, (i) igualados, em importância, a meros acordos individuais de trabalho; (ii) indicados como mera alternativa a depender da vontade unilateral, prática, da empresa; (iii) indicados como instrumentos subsidiários e/ou supletivos para quando de eventual anomia de acordos individuais; ou (iv) simplesmente colocados à margem de dada normatização, em prol de uma preponderância emergencial de instrumentos individuais ou vontades unilaterais. Nesse panorama, é que era possível entender que a negociação coletiva passou por um período de forte agonia, capaz de caracterizar o Direito Coletivo do Trabalho, dos anos 2020, como um direito “agônico”, estudado e interpretado com olhos voltados apenas à urgência nas respostas à crise, sem preocupação quanto ao que poderá advir após o fim da pandemia ou após uma melhor estabilização de seus efeitos. Nesse sentido, ver BATISTA, Homero. *Legislação Trabalhista em Tempos de Pandemia: Comentários às Medidas Provisórias 927 e 936*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2020, p. 21.

objetiva. Com fundamento no princípio da liberdade sindical, o direito à informação relaciona-se, portanto, a um dever jurídico do empregador em prestar informações, que tem caráter positivo e de prestação contínua<sup>628</sup>, sempre, nos meandros de um constante diálogo social, que a informação for exigida para o trato de determinada questão, assim como um dever de tutela por parte do Estado. Fundado na liberdade sindical, o direito à informação encampa, por tudo, uma faculdade de informação ativa por parte dos trabalhadores ou de seus organismos de representação, que compreende a liberdade de investigação e acesso às fontes, bem como a liberdade de comunicar e difundir as informações. Também encampa uma faculdade de informação passiva, que é a de os trabalhadores e suas representações receberem informações do empregador, tudo na construção de uma participação que pressupõe uma “intervenção qualificada do empregador e do sindicato profissional”, o que que “pressupõe a existência real de ofertas e concessões recíprocas entre os sujeitos coletivos, com o intuito de construção conjunta de alternativas para a solução do conflito coletivo”.<sup>629</sup>

O trato da informação como objeto do direito, e, particularmente, do Direito do Trabalho, é revelador quanto à sua imprescindibilidade porque, ao se focar a missão de a informação servir como um ou como o primeiro grau possível para que se possa imaginar um sistema de efetivação concreta do direito à negociação coletiva embasada em boa-fé, enfrenta-se a realidade da absoluta falta de trato normativo que tal importantíssimo direito possui em países como o Brasil.

### 3. A TÍTULO CONCLUSIVO: À ESPERA DO PORVIR

Tudo considerado, parece evidente que o Direito Coletivo do Trabalho só deixará de ser agônico, a despeito do esforço hercúleo que têm desenvolvido os sujeitos coletivos de trabalho para o projeto de dignificação da negociação coletiva, não obstante os obstáculos criados pela “Reforma Trabalhista” e pelo surgimento da pandemia, se pudesse introjetar o direito à informação no direito positivo. Esforços, nesse sentido, já existiram.

Após a hecatombe que, infelizmente, consumiu o Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais (ALRS), um dos dignos frutos do Fórum Nacional do Trabalho e que acompanharia a PEC n° 369/2015, na condução de uma reformatação do modelo sindical brasileiro, digno de nota foi a proposta formulada e capitaneada pelo Sindicato dos Metalúrgicos do ABC, contida no anteprojeto de lei para a implantação de um novo instrumento coletivo de trabalho, dotado de características próprias, intitulado de “acordo coletivo de trabalho com propósito específico” ou, simplesmente, “acordo coletivo especial”.

A despeito das injustas críticas que a imprensa e certos setores do sindicalismo brasileiro desferiram contra o projeto (quicá por desconhecimento; quicá por medo de tudo o quanto imponha, aos sindicatos, as suas responsabilidades; quicá por medo de enfrentar o novo em razão do velho sistema comodista e paternalista; quicá por teimosia ignorante ou por ignorância teimosa) por conta da sugestão, contida nos arts. 2º, inciso II; e 6º, de adequação setorial negociada de condições de trabalho, o que mereceria um outro espaço para a discussão, o fato importante a revelar é o avanço consignado na exigência de que a conduta de boa-fé é explicitamente tida como um princípio da prática sindical e da negociação coletiva (artigo 2º, inciso VI).

O Anteprojeto que institui o chamado acordo coletivo de trabalho com propósito específico, ademais, pela via do garantismo normativo, nesses tempos ainda necessário para a garantia de observância da lei e da eticidade nas relações jurídicas, mormente nas de índole coletiva, previu, em seu art. 3º, que constitui conduta de boa-fé, e para a negociação coletiva, (i) a participação em negociações coletivas quando requeridas por ofício (inciso I); (ii) a *formulação, a resposta, a propositura e a elaboração de contrapropostas que visem à promoção do diálogo e da negociação* entre o sindicato profissional e a empresa (inciso II); (iii) a *prestação de informações, definidas de comum acordo, no prazo e com o detalhamento necessário ao exercício da negociação coletiva* (inciso III); (iv) a *preservação do sigilo das informações* recebidas quando houver expressa advertência quanto ao seu caráter confidencial (inciso IV); e (v) a obtenção de aprovação dos trabalhadores para a celebração do convênio coletivo de trabalho (inciso V). O § 1º do art. 3º do Anteprojeto, alinhado à eticidade, ainda destaca que o dever de participar de negociações coletivas não

---

628 GARRIDO PÉREZ, Eva. *Ob. cit.*, p. 152. Sem envolver o direito à informação em uma relação de direitos e deveres, sustenta-se, com a mesma finalidade, que o direito à informação é um direito de “dupla direção”. Uma, ascendente (a faculdade em se obter a informação) e, outra, descendente (a faculdade de informar). Unidas ambas as direções, criam-se instrumentos de democracia industrial e de expressão da cidadania na empresa (GARCÍA ARCE, María Cruz; PRIETO JUÁREZ, José Antonio. **Acción Social en la Empresa**. Madrid: Trotta, 2004, p. 81).

629 PIMENTA, José Roberto Freire; VARANDAS, Daniela de Moraes do Monte. A Dispensa Coletiva sob os Prismas da Negociação Coletiva e da Responsabilidade Social do Empregador. *In*: RODRIGUES, Paula Tavares Duarte; VASCONCELOS, Denise Arantes Santos; VARANDAS, Daniela de Moraes do Monte (org.). **Direito Coletivo do Trabalho: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo José Macêdo de Britto Pereira**. Londrina: Thoth, p. 59-76, 2023, p. 69.



obriga a empresa ou o sindicato profissional a celebrarem acordos coletivos; enquanto que o § 2º do art. 3º do Anteprojeto destaca que a recusa à celebração de acordos coletivos não pode caracterizar, por si só, a recusa à negociação coletiva.

A falta de boa-fé nas negociações coletivas é tão simples de ser verificada no mundo dos fatos que o Sindicato dos Metalúrgicos do ABC sentiu a necessidade de explicar, normativamente, o que viriam a ser condutas de boa-fé. Muito embora a eticidade devesse ser naturalmente sentida, o garantismo do Anteprojeto realça a fraqueza do ordenamento jurídico na fixação de um cenário jurídico onde se possa vivenciar a experiência concreta de negociações coletivas embasadas em boa-fé e *com garantia de efetividade ao direito à informação*, a tal ponto de o Anteprojeto ter tornado, como suas, várias das qualificações que, ao direito à informação, são conferidas pela Diretiva 2002/14/CE da União Europeia e pela Recomendação nº 129, de 1967, da OIT.

O avanço normativo que, para preencher essa lacuna, o Anteprojeto apresentava, infelizmente, sumiu do noticiário a partir do final do ano de 2012, depois que o documento foi entregue, em 2011, oficialmente e pelo Sindicato dos Metalúrgicos do ABC, à Casa Civil da Presidência da República para debates com a sociedade.

Mais recentemente, e de forma bem sumariada, a fragmentação do movimento sindical<sup>630</sup>, capitaneada nas divergências expostas na condução de alguma, possível, “Reforma Sindical”, ilustradas no Projeto de Lei (PL) nº 5.552/2019 (“PL das Confederações”) e na Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 196/2019 (“PEC das Centrais”), dificulta o avanço na introjeção, em nosso direito, do direito à informação como um direito fundamental e cuja violação ou desrespeito possa caracterizar conduta antissindical ou prática desleal nas relações coletivas de trabalho.

Contudo, o art. 22, caput, § 1º e incisos II e III, do PL nº 5.552/2019 caracteriza, como prática antissindical e violação ao dever de boa-fé a recusa em formular e responder a propostas e contrapropostas que visem a promover o diálogo entre os atores coletivos e a recusa ao dever de prestar informações no prazo e com o detalhamento necessário à eficácia da negociação coletiva.

O Brasil ainda não chegou lá em termos regulatórios da boa instrumentalização da autonomia coletiva, de todos os sujeitos coletivos do trabalho, em prol do diálogo, da negociação coletiva e do direito à informação.

Em um cenário, novo, que se descortina, pós-pandêmico, os sindicatos, patronais ou profissionais, reassumindo seus predicados de entidades fundamentais para a estabilização jurídica nacional e independentemente de leis ou normas extravagantes, devem assumir o dever e a responsabilidade de criarem situações para a autorregulação de suas necessidades, de baixo para cima.

Enquanto as propostas de concretização de um verdadeiro direito à informação, a instrumentalizar negociações coletivas de boa-fé, não se viabilizam no cenário de um regrado Direito Coletivo do Trabalho, a assunção da moralidade é dever que se lança para o próprio movimento sindical e para as representações patronais, em eticidade.

A pandemia revelou a necessidade de se manter o apoio às entidades sindicais por parte dos integrantes da categoria, a fim de se garantir a colaboração e o diálogo constantes em processos de mudanças e de crises, bem como em processos de organização do trabalho, fortalecendo a negociação coletiva como um instrumento de gestão de crises, pronto para o cenário pós-pandêmico, em que se antevê a tendência, já ocorrida na Europa, de esvaziamento da importância da lei e de incremento das regras processuais que garantem a efetividade da negociação, em um novo momento que destacará, mais adiante, a partir do singelo direito à informação, a predominância da lei feita e construída entre as partes, em detrimento do destaque à lei feita e construída, por terceiros, para as partes.

Ainda se precisará da heteronomia para construir as bases para a instrumentalização devida dos passos para o exercício da verdadeira ação coletiva. No entanto, e até que a sociedade esteja preparada para apenas se dedicar à negociação coletiva leal e eivada de eticidade, sempre bom considerar que, nos dizeres de *Georges Scelle*, proeminente jurista francês falecido em 1961, no clássico *Précis de Législation Industrielle*, de 1927, “ontem, foi a lei do patrão; hoje, a lei do Estado; e, amanhã (...)” será a “(...) lei das partes”.<sup>631</sup>

630 Nesse sentido, LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Reforma Sindical: Reflexões para um Novo Modelo Brasileiro**. Fortaleza: Excola, 2019, p. 58-60.

631 *Apud* ALMEIDA, Renato Rua de. **Modelo Sindical e Negociação Coletiva**. Folha de São Paulo, São Paulo, 17 out 1994. Mercado.



## **CONCILIAÇÃO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS COLETIVOS: CONEXÕES ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ACESSO AO JUDICIÁRIO E REPRESENTAÇÃO SINDICAL**

### **CONCILIATION IN THE RESOLUTION OF COLLECTIVE CONFLICTS: CONNECTIONS BETWEEN THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF ACCESS TO THE JUDICIARY AND UNION REPRESENTATION**

**Denise Fincato**<sup>632</sup>

**Raquel Hochmann de Freitas**<sup>633</sup>

**RESUMO:** O artigo provoca a reflexão sobre o papel dos sindicatos na resolução de conflitos, em especial diante da previsão contida nos incisos III e VI de seu art. 8º. Trata acerca da participação efetiva do sindicato como ente conciliador ainda na fase que antecede a judicialização do conflito trabalhista. Busca, a partir das experiências legislativas e doutrinárias vivenciadas no cenário brasileiro, elevar a participação sindical à condição de meio alternativo efetivo à resolução dos conflitos fora do âmbito do Poder Judiciário. A proposta do presente trabalho é entender de que forma o sindicato pode atuar ativamente diante do advento das novas modalidades de resolução de conflitos, para o que faz conexão entre a atuação negocial e representativa das entidades de classe, a proteção constitucional do acesso à justiça e o interesse nas soluções extrajudiciais, tudo com o fito de pacificação social. Por meio de pesquisa bibliográfica e do método de abordagem hipotético-dedutivo, busca-se demonstrar quais os benefícios da resolução de conflitos no âmbito privado em relação ao que se dá perante o Judiciário, resgatando o papel conciliador do sindicato, recuperando no passado legislativo recente ideias como a das comissões de conciliação prévia, entendida como ferramenta eficaz para restabelecer o diálogo entre os atores da relação laboral. Os objetivos específicos do trabalho são: relacionar o acesso à justiça e a resolução privada de conflitos; analisar a relevância da retomada da ação sindical no âmbito da resolução extrajudicial dos conflitos. O estudo conclui apontando a necessidade do resgate do papel conciliador do ente sindical, voltado a atender aos interesses legítimos de pacificação social e da própria entrega da solução mais adequada a cada conflito, eis que ainda detentor do papel de agente ativo de transformação social, atividade essencial que lhe foi constitucionalmente outorgada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Representação Sindical. Resolução Extrajudicial de Conflitos. Acesso ao Judiciário.

**ABSTRACT:** The article provokes reflection on the role of unions in resolving conflicts, especially given the prediction contained in sections III and VI of its art. 8th. It deals with the effective participation of the union as a conciliatory entity even in the phase that precedes the judicialization of the labor conflict. It seeks, based on the legislative and doctrinal experiences experienced in the Brazilian scenario, to elevate union participation to the status of an effective alternative means of resolving conflicts outside the scope of the Judiciary. The purpose of this work is to understand how the union can act actively in the face of the advent of new modalities of conflict resolution, for which it makes a connection between the negotiating and representative actions of class entities, the constitutional protection of access to justice and the interest in extrajudicial

---

632 Professora pesquisadora do PPGD da PUCRS. Doutora em Direito pela Universidad de Burgos. Pós-Doutora em Direito pela Universidad Complutense de Madrid. Advogada e Consultora. E-mail [dpfincato1@gmail.com](mailto:dpfincato1@gmail.com).

633 Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista e Mestre em Direito pela PUCRS. Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. E-mail [rhfreitas@gmail.com](mailto:rhfreitas@gmail.com).

solutions, all with the aim of social pacification. Through bibliographical research and the hypothetical-deductive approach method, we seek to demonstrate the benefits of conflict resolution in the private sphere in relation to what occurs before the Judiciary, rescuing the conciliatory role of the union, recovering the recent legislative past ideas such as prior conciliation committees, understood as an effective tool to re-establish dialogue between the actors in the employment relationship. The specific objectives of the work are: relating access to justice and private conflict resolution; analyze the relevance of resuming union action in the context of extrajudicial conflict resolution. The study concludes by pointing out the need to rescue the conciliatory role of the trade union, aimed at meeting the legitimate interests of social pacification and the delivery of the most appropriate solution to each conflict, as it still holds the role of active agent of social transformation, an activity essential that was constitutionally granted to him.

**KEYWORDS:** Union Representation. Extrajudicial Conflict Resolution. Access to the Judiciary.

## 1. CONTEXTO DA PROBLEMATIZAÇÃO: TECNOLOGIA COMO FACILITADORA DA ATUAÇÃO DO SINDICATO CONCILIADOR

A tecnologia tem sido responsável, ao longo dos anos, pelas muitas transformações na forma como os homens interagem entre si, sendo possível perceber sua intensificação, no mundo jurídico, a partir da pandemia gerada pelo SARS-COVID-19. Na atualidade, todos os atos processuais são realizados, ou podem vir a sê-lo, virtualmente. Do mesmo modo, ante a intensa digitalização que marca a sociedade da informação, grande parte dos conflitos não necessitam mais, sequer, da intervenção do Judiciário para serem solucionados, como são exemplos a possibilidade de solução de disputas perante as grandes corporações no âmbito do direito do consumidor e até mesmo a utilização da plataforma consumidor.gov.br.<sup>634</sup>

Nesse cenário, a facilidade de acesso virtual pelo próprio interessado, sem o envolvimento de um terceiro intermediário, e a solução em tempo razoável, inclusive porque de interesse das corporações a manutenção da boa imagem no mercado, intensificam a relevância da autocomposição de conflitos. Os envolvidos, especialmente no espaço do direito do consumidor, podem resolver suas disputas online, sem a interferência, muitas vezes dispendiosa, do Poder Judiciário.

A tecnologia e a virtualidade na forma de solução de conflitos têm sido amplamente discutidas. Nesse contexto, muito embora a atividade jurisdicional venha preponderando ao longo dos anos, é inegável que formas alternativas de solução de disputas devam ser compreendidas como uma possibilidade não apenas prática, mas como um potencial divisor de águas na própria organização judicial.

O avanço tecnológico permite o aperfeiçoamento dos meios autocompositivos existentes, e também do papel desempenhado não apenas pelos envolvidos em determinada disputa mas igualmente interessados na correta solução destas, especialmente em razão do reflexo social daí decorrente, como é o caso dos sindicatos, no âmbito do Direito do Trabalho. De notar que a arbitragem, além da mediação e conciliação, na condição de autocomposição, constitui um relevante marco na possibilidade de solução de conflitos por terceiro, que não o Estado-Juiz, demonstrando a liberdade das partes na escolha do árbitro e na sujeição ao quanto por este decidido. A tecnologia fornece, a cada inovação, instrumentos facilitadores da resolução alternativa de disputas, ou seja, as mudanças podem até ser imprevisíveis, mas os conflitos são geralmente esperados e sua melhor solução nem sempre exigirá a presença do Judiciário.

Nesse diapasão, uma vez compreendido que o conflito necessita ser resolvido e que os meios para sua solução devam ser eficazes, inclusive como forma de pacificação social, o acesso à justiça até então compreendido se sujeita aos reflexos dos avanços tecnológicos, uma vez que estes tendem a facilitar a sua compreensão e alcance, eliminando muitas vezes barreiras burocráticas e até mesmo os custos daquele que busca satisfazer sua pretensão, cumprindo entender que, de fato, não se pode negar aos novos métodos resolutivos a importância que apresentam em termos sociais.

A proposta do presente trabalho dirige-se à compreensão da forma como o sindicato pode atuar ativamente diante do advento das novas modalidades de resolução de conflitos, cada vez mais influenciadas pelo avanço da tecnologia, tendo como base a questão entre a proteção constitucional do acesso à justiça e o interesse nas soluções extrajudiciais como forma de pacificação social.

---

634 Trata-se de serviço público e gratuito que permite a interação direta entre consumidores e empresas na busca de solução alternativa para os conflitos de consumo na internet, dispensando a intervenção do Poder Público. (BRASIL. **Consumidor**. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/publico/1>. Acesso em: 29 nov. 2022).

Não é de hoje que o Judiciário se depara com a necessidade de tornar mais efetiva a prestação judicial e a resolução satisfatória de conflitos. Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) nasceram da necessidade de redução da demanda do Judiciário, trazendo, a partir das experiências iniciais da Lei nº 7.244/84 (Juizado de Pequenas Causas), e posteriormente Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), para o processo, a mediação e a conciliação e permitindo, inclusive, a resolução do conflito antes de sua judicialização. Nesse sentido, aliás, a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.<sup>635</sup>

Mesmo antes da referida Resolução, já desde 2006, o Conselho Nacional de Justiça adotava uma política voltada à conciliação, a exemplo da instituição das chamadas semanas nacionais pela conciliação, incentivando tribunais de todo o país a promoverem a conciliação em processos de diversas fases.<sup>636</sup>

Embora não se trate de novidade no âmbito trabalhista, já que a conciliação sempre constou<sup>637</sup> como dever do magistrado em pelo menos dois momentos processuais, quais sejam, na abertura e encerramento da audiência, na forma dos artigos 764, 846 e 850 do diploma celetista, trata-se de verdadeira inovação trazida para o âmbito das demais esferas judiciais, na esteira dos artigos 3º e 165 do CPC/2015.

Diante de todo o aparato normativo já existente no cenário brasileiro e, considerando as alterações legislativas que, a exemplo da Lei nº 13.467/17, trouxe profundos reflexos na atuação sindical, como a decorrente da extinção da contribuição sindical obrigatória, exigindo do sindicato maior atuação com menos recursos, questiona-se se diante da estrutura sindical hoje existente competiria a tal ente efetiva participação como condutor de um processo autocompositivo de solução de conflitos.

A relevância da conciliação está no fato de que as próprias partes envolvidas no litígio chegam a um denominador comum, a partir da proposta de um terceiro neutro, evitando, assim, que o processo se postergue no tempo, em prejuízo não apenas da celeridade, mas da própria efetividade jurisdicional. Já na mediação, merece destaque o fato de que o terceiro estimula o diálogo entre os envolvidos, que chegam a um denominador comum a partir de seus próprios esforços e interesse legítimo na solução mais adequada para a realidade dos envolvidos.

Enquanto métodos alternativos de solução de conflitos, conciliação e mediação envolvem a participação de um terceiro, neutro e isento. Na forma do art. 165 do CPC/15, é na atuação deste terceiro que se encontra a maior distinção entre os institutos. O mediador atuará para que as partes envolvidas trabalhem na elaboração da melhor solução para a disputa, conjuntamente, e com preferência em situações nas quais os envolvidos apresentem vínculo anterior.<sup>638</sup> Por sua natureza, envolve a compreensão de conflitos que devem ser examinados em suas múltiplas dimensões, especialmente a dimensão sócio emocional dos

---

635 CNJ. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010.** Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao\\_n\\_125-GP.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf). Acesso em: 31 jul. 2021.

636 CNJ. **Programas e Ações:** Conciliação e Mediação. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/>. Acesso em: 11 fev. 2022.

637 Em que pese a criação da Justiça do Trabalho tenha sido prevista originariamente na Constituição de 1934, o Decreto Legislativo nº 22.132, de novembro de 1932 foi responsável por instituir as Juntas de Conciliação e Julgamento, cujas decisões valiam apenas como títulos sujeitos à execução na Justiça Comum, que reexaminava, via de regra, os fundamentos da condenação. Paralelamente a estas, funcionavam, junto ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, as chamadas Comissões Mistas de Conciliação, destinadas aos conflitos coletivos do trabalho, além do Conselho Nacional do Trabalho, criado em 1923, pelo Decreto nº 16.027 e transformado, em 1934, pelo Decreto nº 24.784, em instância recursal da Previdência Social. De notar que tanto as Comissões Mistas de Conciliação quanto as Juntas de Conciliação e Julgamento tratavam-se, efetivamente, de órgãos de conciliação, e não de julgamento, ou seja, somente se as partes não conciliassem seria proposta a solução do litígio, o que poderia se dar tanto por meio da arbitragem quanto pelo encaminhamento do caso ao Ministério do Trabalho. Ao instituir a Justiça do Trabalho, a Constituição de 1934 o fez no capítulo da "ordem econômica e social", prevendo, em seu art. 122, caput, a competência para dirimir controvérsias entre empregados e empregadores e estabelecendo, em seu parágrafo único, a paridade de representantes das classes de empregados e empregadores tanto nos tribunais do trabalho quanto nas comissões mistas de conciliação, de livre nomeação pelo Governo Federal, mas presididas por "pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual". A Carta Política de 1937, em seu art. 139, tratou da instituição da magistratura do trabalho. Ainda vinculada ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio no que concernia às questões administrativas, tais como orçamento, pessoal e material, lhe foi assegurada autonomia, vindo a Constituição de 1946 permitir sua integração no Poder Judiciário, com a previsão de seu poder normativo. A Carta de 1967 manteve o poder normativo da Justiça do Trabalho, bem como a composição paritária de seus órgãos, ampliando o acesso aos Tribunais Regionais e Superior do Trabalho, além de magistrados de carreira, membros do Ministério Público do Trabalho e advogados. A Constituição Federal de 1988 manteve tais normativos, ampliando a competência da Justiça do Trabalho. Apenas a partir da Emenda Constitucional nº 24/1999, foi extinta a representação classista. (SUSSEKIND, Arnaldo. *História e Perspectivas da Justiça do Trabalho*. **Revista do TST**, Brasília, vol. 67, nº 4, out/dez., 2001, p. 15-27).

638 Segundo o Conselho Nacional de Justiça, "A Mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o conflito. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais ou complexos. A Mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades. A Conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes. (CNJ. **Programas e Ações:** Conciliação e Mediação. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/>. Acesso em: 28 mar. 2022).

envolvidos, que tiveram, em razão da disputa, a confiança mútua e a relação abaladas, razão pela qual sua complexidade exige maior acuidade do terceiro participante. Seu foco principal está no futuro, que será (re)construído a partir do momento da mediação.

O conciliador, por sua vez, terá uma atuação marcada por maior iniciativa, indicando possíveis caminhos e soluções, e envolve situações em que os partícipes não apresentam relacionamento anterior e, portanto, sua dimensão é de menor complexidade. O foco está no que ocorreu no passado, reavivado a partir do momento presente da negociação.<sup>639</sup>

A adoção de qualquer das modalidades como solução consensual das demandas atende não apenas a necessidade de desafogamento do Judiciário, mormente considerando que o Brasil é um país de grande litigiosidade<sup>640</sup>, como apresenta o condão de criar uma nova cultura, baseada na busca do consenso como legítima forma de pacificação social.

Nesse cenário, o presente estudo busca analisar o papel dos sindicatos nas resoluções dos conflitos trabalhistas em momento prévio à judicialização daqueles, promovendo a solução pacífica e célere das questões envolvendo empregado e empregador como opção que valoriza sua atuação, especialmente quanto à efetiva possibilidade de participação como ente ativo na busca de um denominador comum que atenda à sua função precípua de representação e instrumento de realização dos direitos fundamentais do trabalhador.

Embora o interesse na solução pacífica dos conflitos seja de toda a coletividade, ao sindicato interessa acompanhar a efetiva proteção dos direitos negociados, seja por sua natureza, seja pela essencialidade que apresentam, merecendo destaque de atuação quando se busca a conciliação.

Para tanto, na primeira parte deste artigo, será examinada a mediação na Justiça do Trabalho. Na segunda, serão examinados os motivos pelos quais as comissões de conciliação prévia não alcançaram o objetivo maior vinculado ao dever de cooperação das partes na condução das tratativas conciliatórias antes do ajuizamento de ações, especialmente em razão dos próprios ditames constitucionais.

Quanto à abordagem, a presente pesquisa segue o método hipotético-dedutivo, utilizando, quanto ao procedimento, a pesquisa bibliográfica e, quanto à interpretação, o método sistemático.

## 2. CONFLITOS TRABALHISTAS E SUA SOLUÇÃO ADEQUADA

A ideia de jurisdição está intimamente ligada à ideia de conflito<sup>641</sup>, uma vez que a primeira busca resolver o segundo, de maneira a apaziguar as relações sociais, através da conformação realizada pelo Estado por meio do Direito.

Ghisleni e Spengler<sup>642</sup> apontam para o fato do desequilíbrio hoje existente entre a realidade social e o sistema jurídico, acarretando um período de instabilidade entre o normativismo destinado a solucionar os conflitos individuais e a intensificação do acesso à justiça que já não mais atende, de forma satisfatória, a quantidade de demandas que lhe são submetidas.

No dizer de Kazuo Watanabe<sup>643</sup>, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional de que trata o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal assegura um acesso qualificado, e não meramente formal, à justiça, permitindo ao jurisdicionado “a obtenção de *tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada*, enfim, um acesso a uma *ordem jurídica justa*”. Tal ordem, para o autor, pressupõe a inclusão dos denominados meios consensuais de solução de conflitos, integrantes indispensáveis para a configuração do “amplo e substancial conceito de acesso à justiça”.<sup>644</sup>

---

639 Ravi Peixoto aponta, como princípios não exaustivos que regem tanto a mediação quanto a conciliação: independência, imparcialidade, autonomia vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade, decisão informada, busca do consenso, isonomia entre as partes, boa-fé, competência, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação. (PEIXOTO, Ravi. Os “princípios” da mediação e da conciliação: uma análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. **Justiça Multiportas – Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). Salvador: Juspodivm, 2016, p. 95).

640 Nesse sentido, sugere-se a consulta aos relatórios analíticos anuais publicados no site do CNJ. (CNJ. **Justiça em Números**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 31 jul. 2021).

641 GHISLENI, Ana Carolina. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos a partir do Direito Fraternal**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011, p. 45.

642 *Ibidem*.

643 WATABABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 82.

644 *Ibidem*.



Tal contexto propicia o natural nascimento e desenvolvimento de mecanismos diversos ao modelo tradicional buscando a solução das disputas através de instrumentos consensuais.<sup>645</sup> Dentre essas formas, encontram-se a mediação e a conciliação.

## 2.1 Mediação e conciliação na justiça do trabalho

Falar em mediação no âmbito da Justiça do Trabalho remete, na atualidade, aos centros judiciários de conciliação, os quais contam, via de regra, com a presença de um juiz e de diversos mediadores, que atuam na tentativa de encontrar uma solução capaz de pôr fim ao litígio. Dessa negociação resultará uma ata com os termos do ajuste, que será submetida ao magistrado, para homologação, se for o caso.<sup>646</sup>

Carlos Henrique Bezerra Leite<sup>647</sup> qualifica a mediação e a conciliação como fontes formais autônomas do direito do trabalho, salientando que alguns defendem que tais institutos são fontes heterônomas, uma vez que um terceiro, pessoa diversa das envolvidas no conflito, contribui na sua solução. Sob tal aspecto, refere que a conciliação é um modo de solução de conflitos em que as próprias partes fazem concessões recíprocas envolvendo seus direitos subjetivos, podendo ter por objeto o acordo, a transação e a renúncia.

Em outras palavras, enquanto o mediador facilita a retomada do diálogo entre os envolvidos, o conciliador vai além, sugerindo a solução, sendo certo que a mediação decorre da vontade das partes de a ela se submeterem, tendo na autonomia da vontade seu princípio fundante, enquanto a conciliação tem, em sua essência, a obrigatoriedade.<sup>648</sup>

Carlos Henrique Bezerra Leite e Ricardo Goretti Santos<sup>649</sup> apontam que: *“A conciliação assemelha-se à mediação quanto aos seguintes atributos ou características, voluntariedade, informalidade, flexibilidade, autoridade das partes na elaboração de decisões mutuamente aceitáveis, não adversariedade, e atuação imparcial de um terceiro interventor. Nada obstante as similitudes, os dois métodos alternativos não se confundem. Mediação e conciliação diferenciam-se em quatro critérios básicos: indicação, propósito principal, profundidade da apreciação do conflito, e modo de atuação do terceiro interventor”*.

Releva notar que a Resolução 174 do CSJT<sup>650</sup> não estabelece diferenciação entre mediação e conciliação, equiparando suas funções na resolução de conflitos. Defendem alguns autores<sup>651</sup> que, para que a mediação se realize, esta não poderá tratar de direitos indisponíveis, dada a natureza alimentar destes, ainda que a Lei nº 13.140/2015, conhecida como Lei da Mediação, não faça tal diferenciação e preveja, em seu art. 3º, referida possibilidade.<sup>652</sup>

645 GHISLENI, Ana Carolina. SPENGLER, Fabiana Marion. *Ob. cit.*

646 CNJ. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010.** *Ob. cit.*

647 LEITE, Carlos Henrique B. **Curso de Direito de Trabalho.** São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 44.

648 MARCATO, p. 134

649 LEITE, Carlos Henrique Bezerra; Santos, Ricardo Goretti. A Mediação Incidental como meio de solução dos conflitos trabalhistas individuais: a questão da dispensa de trabalhadores detentores da garantia provisória no emprego. **Espaço Jurídico Journal of Law.** Joaçaba, v. 17, nº1, jan/abr., 2016, p. 147-166.

650 CSJT. **Resolução 174, de 30 de setembro de 2016.** Dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista e dá outras providências. Disponível em: [https://www.csjt.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=235e3400-9476-47a0-8bbb-bccacf94fab4&groupId=955023](https://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=235e3400-9476-47a0-8bbb-bccacf94fab4&groupId=955023). Acesso em: 04 abr. 2022.

651 SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos: da teoria à prática.** 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 119.

652 A questão atinente à conciliação e mediação, no âmbito jurisprudencial, tem maior ênfase no que diz respeito à eficácia liberatória dos planos de demissão voluntária – PDV, em que o empregado, após a adesão, ingressa com ação trabalhista pretendendo a anulação, em razão dos efeitos da quitação geral daí decorrente. Nesse sentido, trecho do acórdão proferido em sede de Recurso de Revista pelo TST, enfatizando a relevância do estímulo à conciliação: “[...] Ora, não restam dúvidas de que o autor aderiu ao PIDV de forma espontânea, porque vislumbrou vantagens no acordo que seria entabulado entre as partes, notadamente uma vantagem financeira que não teria se o seu contrato de trabalho tivesse obedecido a uma rescisão contratual comum, seja através de um pedido de demissão, seja por conta de uma despedida imotivada. Assim sendo, ao contrário do entendimento esposado pelo Juízo de primeiro grau, entendo que, por conta da adesão voluntária do reclamante ao PIDV, operou-se a quitação de todas as parcelas requeridas através da presente reclamação. Somadas às razões antes expostas, não podemos olvidar que a própria Justiça do Trabalho tem incentivado a conciliação como uma das formas de se atingir os princípios constitucionais da efetividade jurisdicional e celeridade processual. Não é à toa que os Tribunais Regionais do Trabalho, a exemplo desta 5ª Região, iniciaram campanhas de incentivo à composição amigável dos conflitos, sobretudo através das semanas nacionais e regionais de conciliação. Neste 5º Regional, especificamente, existe inclusive um link “denominado” Conciliar”, que fica bem visível na página inicial do Sítio de Internet deste TRT, cujo chamariz revela uma mão estendida, pronta para um aperto. [...] Vale dizer que o estímulo a uma solução pacífica e consensual dos conflitos é medida imposta em lei. Não há, portanto, que se falar em aplicação ao caso concreto da OJ 270 do TST, cujo texto diz que a “transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo”. Tal interpretação, com a devida vênia, hoje soa equivocada, porquanto a citada orientação jurisprudencial é anterior ao novo CPC e foi editada em uma época na qual o entendimento sobre as medidas mais salutares para a composição dos conflitos não abarcava, com a força atual, as transações extrajudiciais, encontrando-se, dessa forma, em descompasso com a mais recente jurisprudência emanada do Supremo Tribunal Federal. (TST – RR: 4724720175050161 – Rel. Alexandre Luiz Ramos – j. 31/08/2021 – DEJT 03/09/2021).



Araken de Assis<sup>653</sup> chama a atenção ao fato de que: *“É difícil traçar fronteiras nítidas e radicais entre a mediação e a conciliação. Em ambas, busca-se solução consensual da controvérsia, e, portanto, compartilham da mesma estrutura e finalidade. Porém, não coincidem totalmente no método e nos efeitos. Um dos critérios as distingue pelo resultado: a mediação visa à composição dos desavindos, independentemente do conteúdo; por sua vez, a conciliação aspira à composição justa. Essa diferença de feito transforma-se em causa: o conciliador atuará nas causas em que não houver vínculo anterior entre as partes (art. 165, §2º), o mediador atuará quando houver vínculo prévio (art. 165, §3º)”*.

Importante referir que o cerne do debate sobre a viabilidade da solução extrajudicial da disputa fruto da relação laboral vincula-se, sobretudo, ao fato de que a Justiça do Trabalho é o ramo do Judiciário destinado à solução de conflitos que envolvem, substancialmente, e de maneira expressiva, direitos indisponíveis. Dada a natureza alimentar de seu crédito, não pode o trabalhador simplesmente dispor ou abdicar/renunciar a direitos que se vinculam, em última análise, à dignidade humana que buscam preservar.

Como aponta Vólia Bonfim Cassar<sup>654</sup>, a mediação, via de regra, ocorre extrajudicialmente, com a presença de um terceiro, estranho à lide, que busca “facilitar, mediar” o conflito. Do mesmo modo, o mediador há que ser suficientemente preparado, fazendo uso de técnicas legítimas para conduzir as partes ao consenso, passando longe, assim, de qualquer autoritarismo. O ânimo conciliatório deve ter sua origem na vontade dos envolvidos, e não por imposição de um terceiro, no caso, o mediador, ainda que este atue de maneira ativa. Importante referir que nem mesmo ao magistrado é dado impor uma solução conciliatória, ainda que deva fazer uso de todos os esforços e meios legítimos para demonstrar aos envolvidos as vantagens advindas da solução consensual.

A busca pela pacificação social é tão essencial para o correto desenvolvimento da sociedade que o engajamento em sua realização se vincula diretamente à manutenção do próprio Estado de Direito. Trata-se, efetivamente, de observar o princípio do acesso à justiça de que trata o art. 5º, XXXV, da CF/88, garantindo a realização de todos os demais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Na lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>655</sup>, *“Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de ‘efetividade’ é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa ‘igualdade de armas’ – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, conseqüentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida”*.

A utilização da mediação no Judiciário como um todo e na Justiça do Trabalho especificamente não está imune a críticas. Fabiana Marion Spengler<sup>656</sup> pondera que *“O risco de introduzir a mediação no sistema jurisdicional é reduzi-la à condição de um mero instrumento a serviço de um Sistema Judiciário em crise, mais do que da paz social. A sua institucionalização pode resultar útil se observada conforme critérios econômicos, mas perigosa de acordo com critérios jurídico-políticos. A alteridade da mediação quanto ao Direito nasce dos fins e dos princípios que a inspiram, de uma modalidade diversa de entendimento das relações interpessoais. Nestes termos, mediação e Direito propõem dois modelos diversos na forma, na estrutura decisional e, principalmente, nos princípios inspiradores [...]”*.

Mas, visto como um meio legítimo e sustentável na busca da resolução de conflitos, a mediação ganha terreno e acresce aos números estatísticos percentuais respeitáveis de solução consensual.<sup>657</sup> Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão<sup>658</sup> chama a atenção para o fato de que, embora seja relevante a valorização

653ASSIS, Araken. **Processo Civil Brasileiro**. Vol. 1. 2 ed. rev., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 95-96.

654CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1261.

655CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. NORTHFLEET, Ellen Gracie (trad.). Porto Alegre: Fabris editor, 1988, p. 15.

656 SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos**: da teoria à prática. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 27.

657 Sobre conciliações, vide CNJ. **Justiça em números**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-39-milhoes-de-acordos-homologados-em-2019/#:~:text=Justi%C3%A7a%20em%20N%C3%BAmeros%3A%20%2C9.homologados%20em%202019%20%2D%20Portal%20CNJ>.

Acesso em: 31 jul. 2021.

658ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Do acesso ao Judiciário ao acesso à Justiça: caminhos para a superação da cultura do litígio processual por vias autocompositivas e extrajudiciais. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, ano 16, vol. 23, n. 1, jan./abr., 2022, p. 1039.

dos meios consensuais de solução de conflitos, não se deve, ao mesmo tempo, se depreciar a possibilidade de solução de uma determinada causa pela via jurisdicional.

Vale referir que a Resolução nº 125/2010, do CNJ, não diferencia mediador e conciliador, tampouco define quem pode atuar desempenhando referidos papéis, contudo, apresenta diretrizes para os tribunais no que diz respeito à implementação de políticas públicas voltadas para os métodos autocompositivos como solução dos conflitos.<sup>659</sup>

Quanto à referida Resolução, destaca Kazuo Watanabe<sup>660</sup> que sua efetiva implementação atualiza o conceito de acesso à justiça, que deixa de se configurar como simples acesso aos órgãos judiciários passando a significar o acesso a uma ordem jurídica mais justa. Aponta, nesse sentido, que a referência à mediação e à conciliação não deve ser dar como mecanismos alternativos e sim adequados à resolução dos conflitos.

A conciliação deve ser sempre incentivada pelos atores processuais. No entanto, tem-se visto, na prática, algumas reservas não na celebração de acordos e sim na própria negociação voltada para a solução amigável do litígio. A realidade trabalhista não tem conferido ao art. 625-A da CLT a dimensão pretendida pelo legislador, uma vez que as comissões de conciliação prévia ali referidas não são realizadas ou, quando realizadas, questionadas judicialmente exatamente em razão de supostamente obstaculizarem o acesso à justiça de que trata o art. 5º, XXXV, da CF/88.

Sem embargo, se as comissões de conciliação prévia não se mostraram hábeis ao fim a que se destinavam, não seria igualmente interesse do sindicato, enquanto representante do trabalhador, participar ativamente das tratativas conciliatórias, seja num momento prévio ao ajuizamento das demandas, seja diante dos próprios centros de conciliação judicial ou mesmo como efetivo mediador dos conflitos? Seria este um dever constitucional, corolário das disposições contidas nos incisos III e VI do art. 8º<sup>661</sup>, ante a natureza do direito tutelado da parte ou também poderia o ente sindical dispor sobre a conveniência e oportunidade de se envolver na mediação? A resposta para tais questões, longe de ser simples, tende a definir o posicionamento e a forma de atuação sindical, assim como sua própria relevância no contexto em que se insere.

### 3. O SINDICATO E AS COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA

Ricardo Antunes e Jair Batista da Silva<sup>662</sup>, ao questionarem o destino dos sindicatos, alertam para a consolidação de uma tendência sindical voltada à transformação de seus dirigentes em espécie de gestores, perdendo o perfil de liderança até então adotado, o que, de igual modo, altera a configuração do destinatário do discurso sindical, não mais consubstanciado por um sindicalismo de classe e sim um sindicalismo cidadão, com consequências que refletem em todo o seu campo de atuação ao longo dos anos, desde a década de 1930.

Na lição de Gilberto Stürmer<sup>663</sup>, *“O interesse coletivo não é a soma dos interesses individuais, mas a sua combinação, sendo, portanto, indivisível, no sentido de que satisfaz não diversos bens destinados às necessidades individuais, mas um único bem apto a satisfazer as necessidades de uma coletividade. O objeto do sindicalismo é regular as condições de trabalho de uma categoria (de interessados, independentemente de local de trabalho ou de atividade) através das normas coletivas e exercer a atividade sindical plena, no sentido de regular os interesses gerais da classe e dos trabalhadores como um todo, aspecto não encontrado nas relações individuais”*.

As comissões de conciliação prévia, a seu turno, surgiram no ordenamento jurídico brasileiro em 13.01.2000, a partir da inserção dos artigos 625-A a 625-H à CLT pela lei nº 9.958/2000, que previu igualmente os núcleos intersindicais de conciliação – NINTER, os quais, mais do que as primeiras, e mesmo

659 FARIAS, Cleide Márcia de. Conciliação e Mediação como formas alternativas de solução de conflitos: a experiência brasileira. **O direito público em perspectiva: meio ambiente, política e sociedade**. LEAL, Virgínia de Carvalho; CORREA, Andry Matilla; BARBOSA, Maria Lúcia (org.). II Simpósio Brasil-Cuba de Derecho Publico. Belo Horizonte, 2018, p. 318.

660 WATABABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 105.

661 Na forma do art. 8º da CF/88, “É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; [...] VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; [...]”. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 9 set. 2023).

662 ANTUNES, Ricardo; SILVA, Jair Batista da. Para onde foram os sindicatos? Do sindicalismo de confronto ao sindicalismo negocial. **Caderno CRH**. Salvador, vol. 28, nº 35, set./dez., 2015, p. 511-528.

663 STURMER, Gilberto. A liberdade sindical no Brasil e as concepções do direito de Ronald Dworkin. **Arquivo Jurídico**, Teresina – PI, v. 2, nº 1, 2015, p. 120-129.

antes delas, apresentaram efetivo êxito de atuação<sup>664 665</sup>. O primeiro núcleo intersindical foi criado na cidade de Patrocínio, em Minas Gerais, em outubro de 1994, posteriormente expandido para outras localidades, com êxito na cidade de Maringá, no Paraná, em 1996 e na cidade Contagem, também em Minas Gerais, em 1998, trazendo uma relevante mudança cultural na compreensão da solução de conflitos através da conciliação.<sup>666</sup>

Conforme expressamente previsto no art. 625-A, parte final, da CLT, o objetivo precípua de toda a estrutura visava conciliar os conflitos individuais de trabalho, em momento anterior ao ajuizamento de ações trabalhistas. Maurício Godinho Delgado<sup>667</sup> ressalta que uma das maiores problemáticas do novo dispositivo celetista se centrava exatamente na chamada eficácia liberatória geral conferida ao documento fruto da conciliação extrajudicial perante as comissões de conciliação prévia. Isso porque tal previsão feriria o art. 8º, VI, da CF/88, no que tange à limitação dos poderes de conciliação trabalhista, jungida apenas à esfera do sindicato em negociação coletiva.<sup>668</sup>

De qualquer sorte, com a entrada em vigor da Lei nº 13.467/17, a previsão do denominado termo de quitação anual de obrigações trabalhistas trazido pelo art. 507-B da CLT, com expressa previsão de intervenção obrigatória do sindicato da categoria poderia representar a sinalização de retorno às comissões de conciliação prévia<sup>669</sup> e uma razão extra para o reexame de sua relevância.

Ademais, não se pode olvidar que a criação das referidas estruturas alinha-se à concepção internacional vinculada à resolução de conflitos trabalhistas entre as partes, na esteira do que recomenda a Organização Internacional do Trabalho – OIT a exemplo da Recomendação 94, e somente o transcurso de um tempo razoável, capaz de permitir o assentamento do entendimento doutrinário e jurisprudencial, poderia nos dar a real dimensão da relevância da atuação sindical no âmbito pré-processual como pacificadora e garantidora dos anseios sociais trabalhistas. Afinal, é a condução prática de um instituto na realidade que dá a medida de sua efetividade e garante o seu aperfeiçoamento.

Destaca-se que a inserção legislativa relativa às comissões de conciliação prévia, não resistiu às controvérsias e críticas vinculadas à sua aplicação, além da própria desconfiança dos envolvidos<sup>670</sup>, e acabou por perder a grande chance de efetivação do seu intuito a partir das decisões proferidas nas ADIN's 2.139 e 2.160, em maio de 2009, pelo Supremo Tribunal Federal que, ao julgar as arguições de inconstitucionalidade da lei, por ferir, em tese, o acesso à justiça, deu parcial provimento para, interpretando a regra celetista conforme a Constituição, afastar a obrigatoriedade da fase de conciliação prévia nela prevista.<sup>671</sup>

664 Sobre os núcleos intersindicais de conciliação, Antônio Gomes de Vasconcelos ressalta que “Quando os sindicatos de trabalhadores e empregadores de um determinado setor de atividade econômica decidem alterar a tradicional cultura adversarial determinante do seu modo de agir no âmbito das relações intersindicais e das relações de trabalho, para substituí-la por uma cultura de entendimento e negociação como regra, tem-se aí o ambiente e a oportunidade para a criação de um Núcleo Intersindical”. (VASCONCELOS, Antônio Gomes de. Os Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista como Agentes de Transformação das relações de trabalho e da Administração da Justiça. *Revista do TST*, Brasília, vol. 66, nº 2, abr./jun., 2000, p. 155).

665 “A concepção dos Núcleos Intersindicais parte do fato de que há um núcleo de interesses comuns, partilhados pelos trabalhadores e empregadores de determinado setor de atividade, os quais podem ser objeto de atuação conjunta dos respectivos sindicatos, desde que alimentados pela lealdade e boa-fé necessárias em qualquer negociação autêntica.” (*Ibidem*).

666 *Ibidem*, p. 157.

667 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: LTr, 2018, p. 1365.

668 Além da eficácia liberatória geral, grande controvérsia surgiu em torno da obrigatoriedade de sujeição do empregado às comissões no momento anterior ao ajuizamento da ação, ou seja se seria hipótese de considerar-se a exigência de submissão um pressuposto processual, como defendido por autores como Ives Gandra da Silva Martins, ou uma condição da ação, hipótese defendida por Sérgio Pinto Martins. Tal controvérsia restou dirimida pela decisão proferida na ADI 2139 pelo STF: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 1º A 4º DO ART. 625-D DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO - CLT, ACRESCIDO PELA LEI N. 9.958, DE 12.1.2000. COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA - CCP. SUPOSTA OBRIGATORIEDADE DE ANTECEDENTE SUBMISSÃO DO PLEITO TRABALHISTA À COMISSÃO PARA POSTERIOR AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. INTERPRETAÇÃO PELA QUAL SE PERMITE A SUBMISSÃO FACULTATIVAMENTE. GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA. INC. XXXV DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO AOS §§ 1º A 4º DO ART. 652-D DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO – CLT”. (STF. ADI nº 2139/DF – Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749177939>. Acesso em: 04 abr. 2022).

669 BRAGHINI, Marcelo; SIMON, Andréia Martin; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. Reforma Trabalhista e os meios alternativos de solução dos conflitos de interesses trabalhistas. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*. Vol. 14, n. 1, jun., 2019, p. 221.

670 Homero Batista Mateus da Silva enfatiza que “(...) teria sido um avanço notável nas relações trabalhistas brasileiras se houvessem vingado as comissões empresariais, capazes de manter, 365 dias por ano, um canal de comunicação aberto e qualificado para a solução de controvérsias quase em tempo real. Poderiam caminhar, inclusive, paralelamente às Cipas, destinadas estas aos temas da saúde e segurança do trabalho. A desconfiança recíproca acabou esvaziando o modelo proposto pelo legislador de 2000, pois tanto os empregados desconfiavam dos propósitos do empregador, eu se dispunha a abrir espaço para as comissões na empresa, quanto os patrões recebavam que empregados procurassem postos nas comissões apenas para alcançarem a garantia de emprego”. (SILVA, Homero Batista Mateus da. *CLT Comentada*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2018, p. 466).

671 STF – ADI nº 2139/DF. *Ob. cit.*

Após a decisão da Suprema Corte, eventual interesse na criação das comissões não foi levado adiante e o intuito legislativo original perdeu a razão de ser em razão da ausência de incentivo ao desenvolvimento, senão das comissões em si, ao menos em relação à ideia valorosa nelas contida.<sup>672</sup>

Vale lembrar que as disposições do art. 625-C da CLT davam destaque à relevância da negociação coletiva, tanto na formação quanto na representatividade e especificidade da condução das comissões de conciliação prévia, de onde a proteção coletiva sindical se faria, necessariamente, presente, conjugando, assim, esforços dos sindicatos patronal e profissional na prevenção e contenção de conflitos.<sup>673</sup>

### 3.1 Conciliação como cooperação entre os sujeitos

O art. 6º do Código de Processo Civil de 2015 menciona o princípio da cooperação, estabelecendo que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

O dever de cooperação é um dever que decorre, em última análise, da boa-fé processual<sup>674</sup>, já que todos devem empregar os esforços na direção da pacificação social, a qual ocorre com o término do litígio. A negativa da parte, antes mesmo da tentativa conciliatória, demonstra o uso inadequado do processo para fim outro que não a melhor solução ao caso, podendo configurar, inclusive, tumulto processual indevido.

Ademais, o próprio artigo 334, parágrafo 8º, do CPC prevê, como ato atentatório à dignidade da justiça, a ausência injustificada do autor ou do réu à audiência de conciliação, estabelecendo, inclusive, a aplicação de multa para tais situações. Ou seja, todos os envolvidos em um determinado conflito devem procurar cooperar na direção da melhor solução e, como tal, a cooperação não apenas precede a judicialização como também pode evita-la.

Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustarroz<sup>675</sup> afirmam que “A realização do efetivo acesso à justiça (...) passa pelo trabalho conjunto de diversos cidadãos. Ao lado do Estado, também a sociedade civil deve estar atenta à difícil tarefa de conhecer o direito e informar a população, para que, em um segundo momento, esses mesmos direitos possam ser acionáveis judicialmente. Todas as pessoas, mesmo as que não desenvolvem as atividades profissionais precípuas das carreiras jurídicas, são chamadas a conhecer e a analisar criticamente o Direito e os mecanismos instituídos para sua aplicação”.

O princípio da cooperação precisa ser compreendido, na seara trabalhista, a partir dos direitos fundamentais sociais envolvidos, os quais, como refere Ingo Sarlet<sup>676</sup>, “[...] não são sociais pelo fato de serem, em primeira linha, ou mesmo exclusivamente, direitos coletivos, no sentido de sua titularidade ser eminentemente coletiva. Os direitos sociais assim foram e têm sido designados por outra razão, mesmo no âmbito da superada distinção entre direitos individuais e direitos sociais, visto que tal distinção não repousa na titularidade coletiva dos direitos sociais, mas na natureza e objeto dos direitos [...] (...), a qualificação de tais direitos como sendo também direitos sociais está diretamente vinculada à garantia de tutela de uma determinada classe social (os trabalhadores) no âmbito de relações no mais das vezes marcadas por níveis de manifesta assimetria – e desequilíbrio – de poder econômico e social”.

---

672 A jurisprudência parece tender à questão envolvendo a nulidade do acordo celebrado perante as Comissões de Conciliação Prévia por eventual vício de consentimento, como dá conta a seguinte ementa: RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA SEGUNDA PARTE RECLAMADA (OI S.A.). ACÓRDÃO REGIONAL. PUBLICAÇÃO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. 1. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. EMPRESAS PRIVADAS. ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE. TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 725. [...] 2. NULIDADE DO ACORDO FIRMADO PERANTE COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. OCORRÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO REGISTRADO NO ACÓRDÃO REGIONAL. MATÉRIA FÁTICA. I. Conforme o entendimento consolidado desta Corte Superior, reconhece-se a eficácia geral e liberatória do termo de conciliação firmado perante a Comissão de Conciliação Prévia (CCP) sem ressalvas e sem vício de consentimento. II. No caso concreto, o Tribunal Regional, soberano na análise de fatos e provas, com base em especial na prova oral, entendeu ser eivada de vício de consentimento a celebração do acordo realizado perante a Comissão de Conciliação Prévia, tendo concluído que “acordos como o firmado com o autor, perante a Comissão de Conciliação Prévia, padecem de vício de consentimento”, razão pela qual anulou o acordo extrajudicial celebrando pelas partes perante a CCP. III. Na vertente hipótese, para alcançar conclusão em sentido contrário à afirmação de que acórdão padece de vício de consentimento, da forma como articulado pela parte recorrente, de que “não há nos autos prova de que o acordo levado a efeito entre as partes tenha sido indevidamente conduzido ou manipulado”, seria necessário reexaminar as provas dos autos, conduta vedada em recurso de revista, ante o óbice de natureza processual consolidado na Súmula nº 126 do TST. IV. Ademais, firmada a premissa fática de fraude no acordo lavrado perante a CPP, não há como afastar o reconhecimento de nulidade do título ou conferir-lhe eficácia liberatória geral a qualquer título. V. Recurso de revista de que não se conhece, no particular. [...]. (TST – RR: 490220115090965 – Rel. Evandro Pereira Valadão Lopes – j. 06/04/2022 – DEJT 12/04/2022).

673 SILVA, Homero Batista Mateus da. *Ob. cit.*, p. 467.

674 NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de A. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015, p. 208.

675 2009, p. 47

676 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 225.



O papel do sindicato na efetivação dos direitos fundamentais sociais vincula-se diretamente à sua atuação e liberdade de atuação frente ao outro polo da relação negocial, representada pelo empregador, ante o desequilíbrio entre poder econômico e social, entre capital e trabalho.

Sob tal aspecto, e como refere Andréia Galvão<sup>677</sup>, *“O sindicato não pode se limitar à perspectiva econômico-corporativa, nem se contentar em reproduzir discursos politicamente vazios, que não dialogam com as condições objetivas e subjetivas dos distintos setores das classes trabalhadoras. É preciso ultrapassar a defesa genérica e passiva de direitos, a fim de disputar o alcance e o conteúdo do direito. Não é possível falar em reinvenção do sindicalismo se este for visto apenas como provedor de serviços para sua base pois, em muitos casos, isso significa se resignar frente a uma perspectiva de rebaixamento de direitos ou implica até mesmo assumir aquilo que o Estado deixa de fazer”*.

Nessa condição, a discussão envolvendo a participação efetiva do sindicato como mediador ou ente efetivamente conciliador passa, igualmente, pela ideia de limites da autonomia da vontade no contexto do Direito do Trabalho.

Autonomia da vontade vincula-se ao conceito de liberdade de escolha. Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>678</sup>, *“Se foi a autonomia da vontade que estabeleceu a relação contratual, é óbvio que esta mesma autonomia poderá desfazê-la, na forma como pactuado, possivelmente celebrando um novo negócio jurídico que estabelece o fim do vínculo contratual, disciplinando as consequências jurídicas deste fato”*.

No dizer de Fábio S. de Andrade e Andressa da Cunha Gudde<sup>679</sup>, autonomia privada *“[...] se conceitua como a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual, envolvendo tantos aspectos negociais, como existenciais, constituindo [...] uma das dimensões fundamentais da noção mais ampla de liberdade” e despontando como um contraponto necessário à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. A autonomia privada é um dos valores fundantes da atual ordem jurídica (uma vez que une ao princípio da dignidade da pessoa humana o direito fundamental à liberdade) e instrumento para o livre desenvolvimento da personalidade, tendo sido seu alcance e finalidade redefinidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana [...]”*.

Talvez o conceito de hipossuficiência não se mostre tão hábil a justificar a condição protetiva quanto o é a definição de vulnerabilidade<sup>680</sup>, tendo em vista que esta aceita dimensionamento, enquanto aquela apresenta-se engessada. Vulnerabilidade é conceito que nos permite verificar, no caso concreto, o real e efetivo desequilíbrio entre os contratantes, desequilíbrio este que se dá de tal modo que o torna incapaz de viabilizar o aperfeiçoamento da negociação em igualdade de condições.

Nessa mesma linha, deve-se atentar para o fato de que as comissões de conciliação prévia objetivam a manutenção do diálogo entre os envolvidos e, ainda que de constituição facultativa, devem se manter abertas às negociações<sup>681</sup> como forma de garantir a cooperação dos envolvidos visando a um objetivo comum: a solução eficaz do conflito, atendendo ao interesse maior daquele que precisa do sindicato como instrumento realizador dos direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal de 1988. O sindicato é, em última análise, o garantidor constitucional dos direitos humanos do trabalhador e todo o seu enfoque deve estar voltado para essa responsabilidade.

Ainda que facultativa a instalação das comissões prévias, é importante que o sindicato tome para si a iniciativa de promover e incentivar o desenvolvimento do espírito conciliatório, mantendo o diálogo necessário para a implementação de uma política eficaz em tal sentido e, talvez, até mesmo, venha a figurar na condição de legítimo mediador de disputas individuais, o que pode se dar tanto no momento prévio ao ajuizamento da ação trabalhista quanto durante a fase judicial, a partir de uma nova compreensão da dimensão resolutive de disputas.

677 GALVÃO, Andréia; CASTRO, Bárbara; KREIN, José Dari; TEIXEIRA, Marilane Oliveira. Reforma Trabalhista: precarização do trabalho e os desafios para o sindicalismo. **Caderno CRH**. Salvador, vol. 32, nº 86, maio/ago., de 2019, p. 4.

678 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**: volume único, 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 623-624.

679 ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; GUDDE, Andressa da Cunha. O desenvolvimento dos Direitos da Personalidade, sua Aplicação às Relações de Trabalho e o Exercício da Autonomia Privada. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, vol. III, n. 2, 2013, p. 427.

680 Sobre vulnerabilidade recomenda-se a leitura de WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado**: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/30090>. Acesso em: 19 out. 2021.

681 FRASSON, Cristiane Carla Claro; DE PAULA, Sandra Cristina Martins Nogueira Guilherme. Comissões de Conciliação Prévia: da análise constitucional da obrigatoriedade da submissão do dissídio individual à comissão de conciliação prévia. **Revista Jurídica da Unifil**. Ano VIII, nº 8, 2011, p. 56.



## CONCLUSÃO

Quando se rejeita a retirada do máximo efeito proveniente de uma legislação não apenas nova, mas que também possui o condão de ser inovadora, se impede que o resultado útil desta interpretação alcance e beneficie todos aqueles a quem ela buscava justamente proteger. Se “o propósito da utopia é justamente continuar caminhando”<sup>682</sup>, não se deve interromper a caminhada, ainda mais quando ela significa avanço e amadurecimento das instituições e da própria sociedade.

No caso das comissões de conciliação prévia e dos próprios NINTER, o tempo necessário para o desenvolvimento e compreensão dos institutos restou solapado pelo temor do resultado negativo de tais atuações, numa espécie de presunção, *contrario sensu*, da má-fé. Não se nega que o mau uso de qualquer instituto deva ser sempre coibido. Contudo, tal perspectiva não deve ser usada para suplantiar uma aplicação que, apenas na prática, poderia garantir a percepção dos resultados futuros benéficos aos envolvidos.

Hoje, mais de vinte anos após a entrada em vigor do art. 625-A da CLT, e com todo o desenvolvimento tecnológico e laboral havido, é possível perceber o quanto o sindicato abriu mão de uma efetiva parcela de atuação no interesse do trabalhador. Tanto os CEJUSCs quanto a própria resolução online de disputa dão o tom de que o futuro envolve a solução do conflito fora do âmbito da judicialização propriamente dita, além de garantir uma pacificação social fruto do interesse maior dos próprios envolvidos e, portanto, muito mais autêntica.

A realidade cada vez mais se distancia de uma cultura frequentemente arraigada em bases equivocadas de percepção do litígio e do (mau) uso do processo para uma cultura de solução eficiente e eficaz a partir dos meios disponíveis de pacificação social.

Desse modo, o ordenamento jurídico deve guiar-se de forma a observar a natureza central da Constituição e dos direitos fundamentais nela insculpidos, assim como a sociedade deve buscar na realidade das relações encontrar a melhor solução para seus conflitos.

Interpretar fatos e conjunto normativo conforme a Constituição, visando sempre dar a maior efetividade possível aos direitos fundamentais implica, de certa forma, repensar se os meios até então utilizados se mostraram capazes de atender às demandas. A revisão da estrutura sindical implica questionar se sua atuação não deve atentar, diante da realidade social, a este que tem sido o grande objetivo de toda a sistemática hoje construída para a pacificação social através da conciliação dos envolvidos na disputa laboral, antes mesmo da ação trabalhista.

Em conclusão, aponta-se para a imperiosa necessidade de atuação sindical no plano da efetivação dos direitos mais caros ao trabalhador, sendo premente o estímulo ao sindicato para que, mediante o bom uso das estratégias legais que lhe são conferidas, atue na vanguarda diante do advento das novas modalidades de resolução de conflito, tendo como norte a missão da proteção constitucional do acesso à justiça (e não ao Poder Judiciário), a necessidade de ressignificar sua própria existência e, ainda, o interesse cada vez maior da população nas soluções extrajudiciais, especialmente por se constituírem como real forma de pacificação social.

---

682 BREGMAN, Rtuger. **Utopia para realistas**: como construir um mundo melhor. Tradução de Leila Couceiro. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 207.

## **DIREITOS TRABALHISTAS (IN)DISPONÍVEIS À LUZ DO TEMA 1046 DO STF**

### **LABOR RIGHTS (NON)DISPOSABLE ACCORDING TO THEME 1046 OF THE STF**

**Reinaldo de Francisco Fernandes\***

“São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis.”<sup>683</sup>

**RESUMO:** O estudo investiga os contornos do conceito de indisponibilidade absoluta dos direitos trabalhistas apontados como limites à liberdade de negociação *in pejus* em matéria de relações coletivas do trabalho. O Tema 1.046, publicado pelo STF em 2023, no ano que se comemora os trinta e cinco anos da Constituição da República tem balançado as estruturas até então conhecidas sobre a legitimidade de negociação em sentido menos favorável do que a lei. Ao estabelecer esse limite, o STF utilizou como referência a tese do “patamar civilizatório mínimo” difundida pelo Ministro Maurício Godinho Delgado. O estudo também se debruça sobre a inviabilidade dessa referência no período pós reforma da CLT. Ao final, a proposta indica a norma de ordem pública como referência substitutiva da teoria, como um novo patamar a ser observado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tema 1.046; negociação coletiva; direitos indisponíveis; sindicato; relações de trabalho; norma de ordem pública;

**ABSTRACT:** The study investigates the contours of the concept of absolute undisposable of labor rights identified as limits to freedom of negotiation in *pejus* in terms of collective labor relations. Theme 1046, published by the STF in 2023, in the year that commemorates the thirty-fifth anniversary of the Constitution, has shaking the structure on the legitimacy of negotiation in a less favorable sense than the law. When establishing this limit, the STF used as a reference the thesis of the “minimum civilizing level” spread by Maurício Godinho Delgado. The study also focuses on the unfeasibility of this reference in the post CLT reform period. In the end, the proposal indicates the public order rule as a substitute reference for the theory, as a new level to be observed.

**KEYWORDS:** Theme 1.046. Collective bargaining. Undisposable rights. Union. Labor relations. Public order rule.

---

\*\* Doutor e Mestre em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo FDUSP. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Paulista – UNIP; especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUCCAMP; Pesquisador do GETRAB-USP; Professor de graduação e pós-graduação dos cursos de Direito do Trabalho no UNASP, Mackenzie e FACAMP; Advogado.

683 Tese fixada para a decisão ocorrida no Leading case ARE 1121633 com Repercussão Geral, Relator Ministro Gilmar Mendes, acórdão publicado no DJE em 28.04.2023, Tema 1.046. Extraído do sítio do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5415427&numeroProcesso=1121633&classeProcesso=ARE&numeroTema=1046>. Acesso em: 22 jul. 2023.

## INTRODUÇÃO

A redação da epígrafe corresponde a uma das principais decisões do STF em matéria de Direito Coletivo do Trabalho dos últimos tempos. A decisão apresentou a interpretação constitucional do STF a respeito da abrangência do artigo 7º, XXVI, da Constituição.

No *Leading case*, o STF apreciava um Agravo para fazer subir um recurso extraordinário originado no TST, em que se discutia a possibilidade jurídica da limitação do direito às horas *in itinere* por meio de negociação coletiva. Após inicialmente ter indeferido o Agravo, posteriormente, em juízo de retratação, melhor analisando o caso e reconhecendo a pertinência constitucional, o Relator deu seguimento ao Recurso Extraordinário dando procedência a ele e acolhendo a tese de prevalência da negociação coletiva em relação à disposição legal, mesmo antes da Reforma Trabalhista, vale ressaltar.

De maneira inovadora, o STF introduziu um requisito de validade à essa negociação *in pejus*, qual seja, aquela que consta da parte final da tese fixada no tema 1.046: “*desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis*”.

Assim, a partir de 28.04.2023, com a publicação da decisão, passou-se a reconhecer o que a Reforma posteriormente haveria de consagrar, que as negociações coletivas prevalecem em relação à lei, contudo, a decisão de 2023 trouxe limites diferentes daqueles fixados em 2017, por meio do artigo 611-B da CLT reformada.

Eis o objeto deste estudo: o complexo conceito de direito indisponível nas relações de trabalho.

## 1. A DIFÍCIL TAREFA DE ENUMERAR OS DIREITOS INDISPONÍVEIS

Já tivemos a oportunidade de examinar esse conceito de indisponibilidade de direitos trabalhistas quando da defesa de nossa tese de doutorado junto ao Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade Social, da Faculdade de Direito da USP, sob a orientação do professor Nelson Mannrich, quando, em 2014, ainda antes da Reforma Trabalhista, identificamos a necessidade de atenção aos contornos da tão prolapada, mas pouco estudada, indisponibilidade.<sup>684</sup>

Vale lembrar ao leitor que embora não exista regra legal impondo a indisponibilidade de direitos trabalhistas, o artigo 9º da CLT, com a sua sentença de inafastabilidade da Consolidação pela vontade das partes, pode ser invocado como o grande referencial legal da teoria difundida da indisponibilidade dos direitos da relação de trabalho.

Na celebração do trigésimo quinto aniversário de nossa Constituição enfrentamos um debate relevantíssimo e que pode transformar a forma como encaramos as relações coletivas do trabalho. Afinal, o rol de direitos previstos no artigo 7º, constituem direitos indisponíveis? E o disposto no artigo 611-B, complementam esse rol? Esse rol, se existente, constitui *numerus clausus*, ou, a exemplo dos direitos fundamentais, são apenas exemplificativos?

## 2. DIREITOS INDISPONÍVEIS: QUAIS SÃO?

Os direitos trabalhistas são frequentemente apresentados como *direitos sociais, normas cogentes, irrenunciáveis, imperativas, normas de ordem pública*, entre outras, sem nos preocuparmos muito com o conceito de cada um desses adjetivos.

Sabe-se que os direitos trabalhistas descritos na Constituição (que não são todos, frise-se), correspondem ao núcleo de direitos *fundamentais*, pois estão sob a regência do Título II, da Constituição (dos direitos e garantias fundamentais). Daí dizer-se que gozam de uma indisponibilidade não nos parece ser a justificativa adequada para se compreender o comando contido no Tema 1.046.

É que os direitos fundamentais e indisponíveis<sup>685</sup> não são a mesma coisa. Os direitos fundamentais por mais relevantes que possam ser, não estão na mesma esfera de proteção dos indisponíveis. Estes não possuem na lei um rol claro e preciso, são fruto da criação legislativa, mas também da doutrina e da jurisprudência, o que torna o tema ainda mais complexo, mas não menos importante.

---

684 FERNANDES, Reinaldo de F. **Relações de Emprego e (In)Disponibilidade dos Direitos**: Proposta de modulação da autonomia da vontade. São Paulo: Lex Magister, 2016, *passim*.

685 Aliás, o próprio uso da palavra “indisponibilidade” em si já causa entendimentos equivocados, pois confundimos indisponibilidade com irrenunciabilidade. Por ora, deixaremos essa divergência de lado para focar na indisponibilidade, considerada pelo STF, no Tema 1.046, com os dois sentidos (irrenunciável e indisponível).

O estudo do conceito de indisponibilidade dos direitos nos obriga a investigar seus contornos fora universo trabalhista, em um processo interdisciplinar que resgata uma teoria geral indispensável para a fixação desse contorno.

Assumimos que um direito é disponível toda vez que a norma permite a convenção direta das partes, em sentido complementar ou até mesmo contrário.<sup>686</sup> Essa disposição, no entanto, não é absoluta, mas encontra limites na própria ordem jurídica.<sup>687</sup> Assim, identificamos os direitos como a irredutibilidade salarial, *salvo disposto em convenção ou acordo coletivo* (Constituição, art. 7º, VI). Nesse sentido, temos o primeiro grupo de normas dispositivas, as *dispositivas ex lege*.

Vale notar que o exemplo acima apresentado corresponde a um direito fundamental, lançado no capítulo II da Constituição (“dos direitos e garantias fundamentais”), o que mostra que mesmo sendo classificado como tal, um direito pode ser plenamente disponível, ou seja, não é a condição de direito fundamental que atribui a qualidade de indisponibilidade a um direito.

Outro exemplo claro de um direito trabalhista fundamental disponível é o contido no inciso XXIX, do artigo 7º, qual seja, o direito de ação. Esse direito, ao menos aos empregados descritos no artigo 507-A, podem dele dispor renunciado à jurisdição e escolhendo legitimamente a arbitragem para solução das divergências decorrentes do contrato de trabalho, numa lógica que não permite atribuir a esse direito fundamental um caráter de indisponível.

Há outro conjunto de regras disponíveis, segundo aponta o Tema 1.046, que nos remete à análise dos artigos 611-A e B, da Consolidação (embora não tenham sido aplicadas suas disposições em virtude do julgamento fazer referência à fatos anteriores à Reforma).

Da leitura dos dois dispositivos reformados (artigos 611-A e 611-B), se observa que há um rol taxativo de direitos que não podem ser transacionados de forma menos favorável ao empregado do que a lei (611-B), ainda que por meio de negociação coletiva. Ao passo que o artigo 611-A, apresenta um rol exemplificativo daqueles que podem ser transacionados em todos os sentidos.

Vale lembrar que essa postura do Direito brasileiro em permitir o avanço da negociação coletiva sobre o texto da lei em sentido menos favorável não é uma posição de política legislativa exclusiva do nosso sistema, e nem mesmo constitui-se como uma inovação, trata-se, na verdade, de um alinhamento aos sistemas de países europeus que, tradicionalmente, seguimos ou nos orientamos.

Apenas para citar o modelo português do novo código do trabalho de 2003, reformado em 2009, temos, em seu artigo 3º, essa mesma permissão ao relacionar as fontes de Direito do Trabalho. Referido artigo estabelece de maneira clara que a negociação coletiva tem prevalência sobre a lei sempre que nela não houver proibição ou, nos casos relacionados no item 3 do artigo 3º, apenas em sentido mais favorável ao empregado em certas situações, como nos direitos à personalidade, igualdade e não discriminação.<sup>688</sup>

Ao rol do artigo 611-B, assim como parece ser o caso do item 3 do artigo 3º do Código português, atribuímos uma condição de *norma de ordem pública relativa*, como sendo o tipo de norma que só admite a disposição para melhorar as condições do empregado na relação de emprego, enquanto ao do artigo 611-A, atribuímos uma qualidade de *norma dispositiva condicionada*. A condição aqui está a indicar a necessidade de se observar certa solenidade ao ato para conferir validade ao negócio jurídico, como desde há muito nos ensinava Pontes de Miranda.<sup>689</sup>

A solenidade do ato está ligada à exigência de participação do sindicato laboral para tornar legítima a disposição do direito. A mesma solenidade é utilizada para validar as transações realizadas em matéria de direito individual quando, diante de um Juiz, o empregado transaciona ou renuncia certo direito tido como de ordem pública relativa ou mesmo indisponível *tout court*.

No voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, quando da decisão que resultou no Tema 1.046, foi proposta uma espécie de baliza ou moldura teórica que levaria o aplicador do Direito a submeter o caso concreto e futuro a um teste de validação para se apurar se o direito negociado coletivamente é ou não um direito defeso à negociação *in pejus*.

686 TELLES JÚNIOR, G. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 144-145.

687 Díez-Picazo, L.; Gullon, A. *Sistema de derecho civil*. 5. ed. Madrid: Tecnos. 1985. v. I, p. 375-376.

688 Código do Trabalho. Disponível em: [https://www.unl.pt/sites/default/files/codigo\\_do\\_trabalho.pdf](https://www.unl.pt/sites/default/files/codigo_do_trabalho.pdf). Acesso em: 6 set. 2023.

689 PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. IV, p. 136.

No voto, são esses os direitos indisponíveis: (i) as normas constitucionais, (ii) as normas de tratados e convenções internacionais incorporadas ao Direito Brasileiro e (iii) as normas que, mesmo infraconstitucionais, asseguram garantias mínimas de cidadania aos trabalhadores.<sup>690</sup>

### 3. A CRÍTICA À PROPOSTA DE ENUMERAÇÃO DOS DIREITOS INDISPONÍVEIS

Falemos um pouco sobre essa proposta de enumeração e a dificuldade de fixar o real limite desses direitos.

(i) É preciso lembrar que o acórdão estudado analisou fatos precedentes à Reforma de 2017. Também vale lembrar que foi a Reforma que introduziu, pela primeira vez, a permissão expressa para negociação *in pejus* generalizada. Sob esse aspecto parece fazer sentido a escolha da Constituição como fonte intransponível pela via na negociação coletiva *in pejus*, mas desde que se admita a negociação em sentido menos favorável nas hipóteses em que o texto constitucional contemple expressa autorização para tanto, como nos casos relacionados nos incisos VI, XIII, XIV, por exemplo.

A permissão para negociação *in pejus* nesses casos resulta na estabilização da interpretação do disposto no próprio artigo 7º, XXVI, que contempla o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas como direito fundamental do trabalhador, restringindo a abrangência desse poder de negociar *in pejus* às normas constitucionais não proibitivas, se tornando uma decisão que estabelece critérios objetivos para a interpretação do artigo 7º, XXVI, alinhando-o com os ideais da Constituição.

Com o advento da reforma da CLT essa orientação hermenêutica parece ter sido concretizada, tendo em vista que o artigo 611-B, praticamente transcreve todo o artigo 7º da Constituição no rol taxativo de normas proibitivas da negociação *in pejus*.

(ii) Em relação ao segundo conjunto de normas indicadas no voto como sendo defesas à negociação coletiva derogatória, quais sejam, as normas de tratados e convenções internacionais incorporadas ao Direito brasileiro, demandam análise a respeito da posição em que as normas internacionais incorporadas assumem no Direito nacional.

Como bem pontuou o Ministro Alexandre Luiz Ramos, em artigo dedicado ao mesmo tema aqui tratado, nem sempre as normas internacionais da OIT trazem prontamente direitos subjetivos, dado seu caráter de norma programática, típico dos tratados internacionais. Seu conteúdo está mais direcionado a estimular o Estado-Membro a dedicar-se na produção de normas internas para a proteção daquilo que o tratado dispôs, por meio dos legítimos processos soberanos de cada Estado signatário, tornando muita vezes impraticável recomendação exposta no voto.<sup>691</sup>

Da mesma forma, a restrição à derrogação pela via da negociação coletiva da norma internacional incorporada nacionalmente pode representar uma recomendação impossível de ser cumprida na prática, pois há norma internacional, ratificada pelo Brasil (e.g. Convenção nº98), que recomenda o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores e as organizações de trabalhadores.<sup>692</sup>

Não é possível, aprioristicamente, afirmar que as normas internacionais envolvendo as relações de emprego possam ser imunes à negociação coletiva *in pejus*, dado seu caráter programático e a incompatibilidade dessa recomendação diante do que dispõe o artigo 7º, XXVI, da Constituição e a Convenção nº98, da Organização Internacional do Trabalho.

(iii) Em relação à recomendação do voto do Ministro Relator para que as negociações coletivas derogatórias sejam limitadas em relação às normas que, mesmo infraconstitucionais, asseguram garantias mínimas de cidadania aos trabalhadores reconhecemos a validade da preocupação do STF na salvaguarda do núcleo intransponível de direitos cuja disposição implicará rompimento com os ideais de bem-estar social assegurados em nossa Constituição.

No voto, o Ministro Relator recepciona a expressão cunhada pelo Ministro do TST, Mauricio Godinho Delgado como sendo a referência teórica a limitar esses direitos infraconstitucionais protegidos contra a

690 Resumo extraído do acórdão nº1.121.633 (Tema 1046), do Recurso Extraordinário com Agravo, trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 34 do acórdão. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357610710&ext=.pdf>. Acesso em: 11 set. 2023.

691 RAMOS, Alexandre Luiz. **O conceito de direito absolutamente indisponível contido no Tema 1.046**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-30/alexandre-luiz-ramos-direito-absolutamente-indisponivel>. Acesso em: 06 set. 2023.

692 *Ibidem*.



negociação *in pejus*. É sobre este ponto que propomos uma leitura mais contemporânea da proteção aos direitos infraconstitucionais à luz da Consolidação reformada e do conceito de norma de ordem pública.

A expressão “patamar civilizatório mínimo”, faz referência à lei como uma fortaleza a defender esse estado mínimo de existência do ser humano em sociedade.

Não é à toa que Mauricio Godinho Delgado, ao descrevê-la, mesmo após a Reforma Trabalhista, a apresenta como sendo aquele a “merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico.”<sup>693</sup>

Não obstante a absoluta pertinência dessa expressão, hodiernamente parece não ser mais possível considera-la como o fundamento mínimo de dignidade daquele que trabalha, quer seja porque a evolução das relações sociais já permita certo avanço sobre esse rigor legal, quer seja porque a representação sindical já se encontra em estágio de evolução que permite a negociação, ainda que *in pejus*, de certa parte dessas regras legais, deixando, assim, de ser admitida, *data venia*, a expressão como referência condicionante de validade de negociações coletivas.

Sabe-se que a *Ordem Pública* não é um conceito recente, nem tampouco nacional. Sua fixação no Código Civil francês de 1804, é o marco histórico que desencadeia o estudo sobre seus contornos. Como alertamos anteriormente, certos conceitos, como o da indisponibilidade, devem ser levados ao debate da teoria geral do Direito, não se permitindo conceitos exclusivos desta ou daquela área da ciência jurídica, por isso que, ao nosso sentir, a ordem pública é a referência mais adequada para se fixar o que, além dos limites legais, não pode ser objeto de negociação coletiva *in pejus*.

Ordem Pública corresponde a “*um conjunto de valores da vida que, pela especial transcendência que assumem em determinado estágio da evolução social, passam a integrar a consciência jurídica coletiva e se constituem em objeto de tutela privilegiada por parte do Direito*”.<sup>694</sup>

Por isso, nos parece correta a afirmação de que a ordem pública que adjetiva o Direito do Trabalho é a mesma que adjetiva o Direito do Consumidor, por exemplo, e nem por isso, possuem contornos e configurações diferentes, ao contrário, seus limites devem pertencer a uma teoria unificada.

Assim, afirmar que os direitos absolutamente indisponíveis na esfera trabalhistas, definidos no acórdão que sustenta o Tema 1.046 como aqueles que *asseguram garantias mínimas de cidadania aos trabalhadores*, devem passar pelo crivo de validação da ordem pública. Só é absolutamente indisponível *in pejus*, o direito trabalhista de ordem pública.<sup>695</sup>

Claro que o Direito do Trabalho corresponde a uma área do estudo bastante sensível diante da evolução histórica que o coloca em relevo no cenário dos direitos humanos, mas não é demais lembrar as lições de Mario Garmendia Arigón ao alertar que “é preciso destacar que seria exagero sustentar a existência de uma ordem pública própria e particular dessa disciplina. Essa posição conspiraria contra a verdadeira integralidade substantiva da ordem pública”.<sup>696</sup>

Com isso, não estamos propondo que somente os direitos gravados com a marca da ordem pública no próprio texto legislativo é que estariam aptos a serem invocados como tal, como aliás acontece com o Direito do Consumidor que, literalmente o descreve assim, em seu artigo 1º.<sup>697</sup> Na verdade, a ordem pública, assim como os postulados principiológicos não estão na mesma esfera palpável das regras jurídicas, mas compõem um conjunto de mandamentos éticos, metajurídicos, propositivos, de pretensão complementar e parcial.<sup>698</sup>

Transcende, portanto, o Direito escrito e assume papel supra-legislativo que independe, por assim dizer, da momentânea predileção política ou axiológica do poder legiferante. Ela faz parte da essência da humanidade, assim como as regras de proteção ao trabalho, avessas à exploração predatória e indigna do trabalho humano.

693 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 18ª ed., p. 253.

694 GARMENDIA, Mario Arigón. **Ordem Pública e Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, p. 29.

695 Se pudéssemos, ainda faríamos uma classificação entre ordem pública relativa, sendo a que admite negociação *in pejus*, e a absoluta, que não admite negociação em sentido algum, como se verifica nas regras sobre fiscalização do trabalho, por exemplo, mas em virtude do objetivo do texto, não faremos nesse momento. Para reflexões desse tipo recomendamos a leitura do trabalho de nossa autoria, já indicado anteriormente.

696 GARMENDIA, Mario Arigón, *Ob. cit.*, p. 96.

697 Artigo 1º, da Lei 8078/90: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”

698 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Jus Podium 20ªed. 2021, p. 103.

Importante que se diga que, com a decisão do STF no Tema 1.046, ficou assentado que o não cumprimento de uma regra jurídico-trabalhista, por meio de uma negociação coletiva, não configura violação ao “patamar civilizatório mínimo” que é constituído pelo conjunto de regras legais vigentes. Ao contrário, a aceitação de que a negociação coletiva tem prevalência sobre certas leis trabalhistas, constitui pressuposto básico da supremacia da ordem pública, que, por meio de interpretação à luz do artigo 7º, XXVI, da Constituição, reconheceu o estado atual do desenvolvimento das relações de trabalho e admitiu, mediante certo ato solene (a negociação coletiva) a superação de regra fria e estática, conferindo interpretação mais alinhada à autonomia coletiva, como uma oportunidade na dinâmica, crescente e progressiva evolução social.

O conceito de patamar civilizatório mínimo traz consigo, um aprisionamento ao texto legal como única referência de garantia, quando na verdade, sabe-se que a representação coletiva dos interesses está muito mais alinhada com os ideais de dignidade e obedece a uma ordem internacional prescrita em diversas convenções internacionais.<sup>699</sup>

Em nosso sentir, são inconciliáveis a permissão para negociação coletiva *in pejus* em relação à lei e o impedimento desta em relação às normas que constituem o patamar civilizatório mínimo, que é a própria lei.

Por essa razão, entendemos que o *patamar civilizatório mínimo*, na vigência da Consolidação reformada, passou a ser o rol de direitos dispostos no artigo 611-B.

Além desse rol, no entanto, parece ser bastante pertinente a permissão para que as normas de ordem pública também tenham espaço dentro desse conceito de indisponibilidade. Não como patamar civilizatório que se traduz no resultado do processo legislativo, mas além disso, para que a doutrina e jurisprudência possam construir eventuais conceitos de proteção que socialmente se mostrem carentes de proteção especial, mais robusta, a depender do momento e local em que se desenvolvem esses direitos.

Não se pretende aqui tornar impreciso e aberto o conceito de indisponibilidade dos direitos a permitir qualquer interpretação extensiva ou ativista, mas permitir que os movimentos do Direito como organismo vivo, possa permitir de maneira sustentável e responsável, a proteção ou desproteção especial a certos direitos que em dado momento e espaço demandam essa especial atenção. Eis a razão pela qual escolhemos a ordem pública como referência desse ideal, pois não se aprisiona a uma única área do Direito, mas compõe uma teoria multidisciplinar, estável, coerente e convincente.<sup>700</sup>

Em decisão recente, exarada no processo TST-RR-24238-76.2020.5.24.0006, 1ª Turma, Rel. Min. Amaury Rodrigues Pinto Junior, julgado em 24/5/2023, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu que a negociação coletiva não pode disciplinar de forma menos vantajosa sobre a base de cálculo de empregados aptos a integrar a base de cálculo da cota de portadores de necessidades especiais.<sup>701</sup>

Essa decisão, embora reconheçamos a existência de outras em sentido contrário, contempla adequadamente o debate necessário sobre o conceito de ordem pública e que, se utilizássemos o critério de “patamar civilizatório mínimo” como referência ao limite do poder de negociar *in pejus*, teríamos uma permissão impensada da negociação, já que a cota de contratação desses empregados não está disposta na Constituição, nem tampouco no rol taxativo da lei (art. 611-B). Assim, a negativa do TST encontraria obstáculo do princípio da legalidade.

A permissão para esse debate travado sobre o tema da permissão da negociação *in pejus* sobre cotas de PCDs só é possível se admitirmos que o limite da negociação coletiva também deve observar às normas de ordem pública, permitindo à comunidade jurídica refletir e dialogar sobre a pertinência desse direito num contexto social contemporâneo.

Diante dessas afirmações, reconhecemos que o Tema 1.046, que resolveu questão ocorrida na vigência da Consolidação ainda não reformada, deve sofrer adaptações para que suas disposições sejam completamente observadas pela comunidade jurídica num contexto de uma legislação trabalhista reformada e de um direito comparado em evolução.

---

699 Apenas para citar as convenções 154, 98, entre outras da OIT.

700 O próprio voto do Ministro Relator do acórdão que resultou no Tema 1.046, adverte: “É claro que nem sempre é fácil delimitar ex ante qual seria o patamar civilizatório mínimo que escaparia do âmbito da negociabilidade coletiva”. p. 23.

701 “[...]DANO MORAL COLETIVO. CONTRATAÇÃO DE JOVENS APRENDIZES E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA OU REABILITADOS. DIMINUIÇÃO DO CUMPRIMENTO DA COTA LEGAL POR NORMA COLETIVA. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. [...] 2. De certo, a supressão ou redução do direito de jovens aprendizes, pessoas com deficiência e reabilitados, por meio de norma coletiva, de inserção no mercado de trabalho viola patrimônio ético-moral da coletividade em promover o cumprimento das cotas garantidas pela ordem jurídica. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST – RR-24238-76.2020.5.24.0006 – Rel. Min. Amaury Rodrigues Pinto Junior – j. 24/5/2023).

Essas adaptações, traduzidas em um processo de acomodação e contemporaneidade, nos leva a aplicar os mandamentos do Tema 1.046, da seguinte forma:

A partir do que foi analisado e aplicando-o no cenário contemporâneo, passamos a admitir a negociação coletiva *in pejus*, nas seguintes hipóteses:

1. Nas normas constitucionais permissivas *ex legge*
2. Nas regras internacionais incorporadas ao Direito nacional, que criam direitos trabalhistas, *não* proibitivas da negociação *in pejus*
3. Nas regras legais excluídas do rol taxativo do artigo 611-B
4. Nas normas não afetadas pela ordem pública.

## CONCLUSÃO

Durante os trinta e cinco anos de vigência da Constituição, a comunidade jurídica buscava adequada interpretação sobre os limites da negociação coletiva prevista no artigo seu artigo 7º, XXVI, especialmente em relação à viabilidade das negociações derogatórias dos direitos trabalhistas previstos nela ou nas leis infraconstitucionais.

No Tema 1.046, o STF teve a oportunidade de enfrentar essa questão, conferindo interpretação em repercussão geral que autorizou, ainda antes da Reforma Trabalhista, as negociações coletivas *in pejus*.

No entanto, o assunto ainda está distante de ser pacificado, pois ao definir a posição do STF, o verbete do Tema 1.046, impôs o limite do poder de negociar *in pejus* aos chamados “direitos absolutamente indisponíveis”.

A característica desse tipo de direito é justamente sua indeterminação. Assim, no mesmo tempo em que concluiu uma discussão, abriu uma nova, permitindo aos estudiosos do Direito, o debate na busca pelo estabelecimento dos limites dessa classe de direitos.

Durante seu voto, o Ministro Relator Gilmar Mendes, utilizou-se da teoria do patamar civilizatório mínimo como uma das referências para conceituar esses direitos indisponíveis. Contudo, essa teoria remete o patamar mínimo à lei, mas como verificado acima, a lei não é mais esse referencial, pois a permissão para a negociação *in pejus*, atinge exatamente a lei, com isso o patamar mínimo deve ter outro referencial.

A ordem pública deve ser esse patamar mínimo a limitar o poder derogatório das negociações coletivas. Como ordem pública deve ser entendido toda norma (lei ou princípio) que seja reconhecido em dado momento e espaço, como condição intransponível ou núcleo duro de interesses que garantem o próprio ser humano em condição de trabalho.

Essa ordem pública, diferentemente da lei, está sempre em debate, ampliando-se ou restringindo-se, de forma mais orgânica e viva, dialógica e reflexiva, nos exatos termos do constitucionalismo contemporâneo, talvez, quem sabe, em homenagem ao aniversário dessa madura e indispensável Constituição Cidadã.



ISBN 978-85-5523-538-2



9 788555 235382 >

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

**Instituto Memória**