

III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

05

Madrid/Espanha

2015

ORGANIZADORES

PROFA. DRA. CLERILEI BIER

PROF. DR. JOSÉ LUIS TORTUERO

**Direito do Trabalho
Seguridade Social**

III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

05

Madrid/Espanha
2015

ORGANIZADORES

PROFA. DRA. CLERILEI BIER

PROF. DR. JOSÉ LUIS TORTUERO

**Direito do Trabalho
Seguridade Social**



Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

DIRETORIA – CONPEDI

Presidente: Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul: Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior – UFRGS

Vice-presidente Sudeste: Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste: Profa. Dra. Gina Vidal Marçlio Pompeu – UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro: Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo: Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto: Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

CONSELHO FISCAL

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta – UFBA (suplente)

Representante Discente: Mestrando Caio Augusto Souza Lara – UFMG (titular)

SECRETARIAS

Diretor de Informática: Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais: Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional: Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica: Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos: Profa. Dra. Valesca Raizer Borgs Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional: Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E56

Encontro de Internacionalização do CONPEDI (1. : 2015 : Madrid, ES)

III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Universidad Complutense de Madrid

[Recurso eletrônico on-line];

Organizadores: Clerilei Bier, José Luis Tortuero. – Madrid : Ediciones Laborum, 2015.

V. 5

Inclui bibliografia

ISBN (Internacional): 978-84-92602-98-8

Depósito legal : MU 1210-2015

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Participação, democracia e cidadania na perspectiva do Direito iberoamericano

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito do trabalho. 3. Seguridade social. I. Encontro de Internacionalização do CONPEDI – Madrid/Espanha.

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

APRESENTAÇÃO

Durante los días 7 a 9 de septiembre de 2015, celebramos en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el III Encontro de Internacionalização do CONPEDI, en Madrid (España), sobre el tema “Participación, Democracia y Ciudadanía en la Perspectiva del Derecho Iberoamericano”.

La celebración del Encuentro de Madrid, se gestó durante el I Encuentro Internacional en la Universidad de Barcelona, coordinado por el Prof. Dr. Jordi García Viña, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UB.

Para la preparación del evento se nombraron dos coordinadores, por parte española, el Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM, y por parte brasileña, la Profa. Dra. Clerilei A. Bier, del Departamento Administração Empresarial - Esag/Udesc.

Una vez recibido el beneplácito de las autoridades académicas de la UCM se procedió a nombrar un Comité organizar compuesto por:

Dr. Raúl Leopoldo Canosa Usera

Decano de la Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Constitucional.

Dra. Cristina Amunategui Rodríguez

Secretaria Académica de la Facultad. Departamento de Derecho Civil.

Dra. Carmen Otero García Castrillón

Vicedecana de Posgrado y Títulos Propios. Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.

Dra. Rosario Cristóbal Roncero

Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Dra. Francisca Moreno Romero

Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Como es normal en estos eventos internacionales, los trabajos preparatorios fueron muy intenso tanto en Brasil como en España, donde colaboraron tanto el equipo de CONPEDI, como el equipo de colaboradores de la Profa. Bier.

La respuesta de los profesores doctores brasileños fue excelente, presentado más de 400 trabajos para su evaluación. Igualmente la respuesta de los profesores de la

Facultad de Derecho fue bastante razonable (alrededor de 50) teniendo en cuenta que las fechas elegidas eran tiempo no lectivo y que muchos profesores disfrutaban de sus vacaciones veraniegas.

También la crisis económica que se instalaba en Brasil, dificultó que muchos ponentes se trasladaran a Madrid. No obstante la participación fue bastante numerosa, 300 profesores brasileños y españoles de todas las ramas del Derecho se reunían en Facultad de Derecho de la UCM para exponer y discutir sobre los temas de mayor actualidad y relevancia jurídica y social! TODO UN ÉXITO!!.

Llegaba el día señalado. El Acto solemne de inauguración se celebró el día 7 de septiembre a las 18,00, se realizó en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho y al mismo asistieron 300 profesores, el Presidente del Consejo General de Graduados Sociales de España, Dr. Javier San Martín, la representación de la Embajada de Brasil en España, la Vicerrectora de Relaciones Institucionales y Gabinete del Rector de la UCM, Dra. Isabel Fernández Torres, así como todos los Presidentes de las distintas mesas de trabajo.

La Mesa presidencial estuvo compuesta por las siguientes autoridades:

Prof. Dr. Carlos Andradás Heranz

Rector Magnífico de la Universidad Complutense de Madrid.

Prof. Dr. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

Presidente do Tribunal Constitucional Espanha.

Catedrático de Direito del trabajo y de la seguridade social da Universidade Complutense de Madrid.

Dr. Rafael Catalá

Ministro da Justiça da Espanha.

Prof. Dra. Carmen Otero Garcia- Castrillón

Vice-Decana Relaciones Internacionales e Interinstitucionales de la Facultad de Derecho – UCM.

Prof. Dr. Raymunto Juliano Rego Feitosa

Professor Adjunto Direito Tributario.

Presidente do CONPEDI.

Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM
Coordinador Espanhol do Encontro.*

Tras las interesantes intervenciones de todos los participantes, se procedió a impartir la lección magistral inaugural a cargo del Presidente del Tribunal Constitucional de España, Dr. Francisco Pérez de los Cobos, que versó sobre “Los límites del control de constitucionalidad”.

Al finalizar, se procedió a entregar las placas de agradecimiento a los miembros del Comité organizador y al Coordinado español, Prof. Jose Luis Tortuero. Finalizando el acto con la llegada de la Tuna de la Facultad de Derecho para tocar y cantar el himno universitario por excelencia el “gaudeamus igitur”

Terminado el acto inaugural todos los participantes asistieron a un excelente cocktail en los jardines de la Facultad de Derecho, propiciándose un tiempo ideal para compartir y saludarse.

El martes, día 8, se celebraron los talleres de exposición y debate de las ponencias. Fueron siete talleres que durante todo el día (des las 9 h. hasta las 19 o 20 h.) profesores brasileños y españoles reflexionaron sobre los temas investigación de mayor actualidad en todas las Áreas jurídicas. Cada Taller inicio su andadura con la conferencia de un profesor español especializado en cada tema y de renombrado prestigio. La valoración final fue el alto nivel de los trabajos presentados y de los debates... TODO UN ÉXITO.

El encuentro finalizo el día 9 en el Congreso de los Diputados, donde al finalizar la interesante visita institucional y las fotos de recuerdo, nos reunimos en la Sala de Columnas para proceder a la Clausura del Encuentro. Las palabras de clausura correspondieron al Presidente de CONPEDI, Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa, y al coordinador español, Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza. La excelente conferencia de clausura corrió a cargo del Dr. Julio V. González García, Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Complutense de Madrid, sobre el tema “Globalización, Democracia y Parlamento”.

El III Encuentro Internacional CONPEDI fue todo un éxito y recibió el apoyo y reconocimiento de todas las instituciones vinculadas al mundo jurídico, desde la academia, el Ministerio de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Parlamento español. También participo la Embajada de Brasil en España. En definitiva nuestro Congreso y nuestro trabajo investigador tuvieron en España una extraordinaria relevancia.

Prof. Dr. José Luis Tortuero Plaza

Catedrático de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da UCM.

Profa . Dra. Clerilei A. Bier

Professora de Direito do Trabalho na Esag / Udesc.

Prof. Dr. Orides Mezzaroba

Secretário Executivo do CONPEDI.

SUMÁRIO

A Efetivação do Direito à Aposentadoria Especial das Pessoas Portadoras de Deficiências <i>Regina Toledo Damião e Sybelle Luzia Guimarães Drumond</i>	8
A Força Cogente das Normas Previdenciárias nas Convenções e nos Acordos Coletivos de Trabalho <i>Suzani Andrade Ferraro</i>	29
A Negociação Coletiva e seu Alcance no Ordenamento Jurídico Brasileiro <i>Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva e Lucas Gonçalves da Silva</i>	57
A Questão dos Trabalhadores Toxicodependentes sob o Prisma da Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth. Direito Humano ao Trabalho e sua Pretensão de Validade Universal <i>Maria Cecília Máximo Teodoro e Sabrina Colares Nogueira</i>	69
A Solidariedade Social Meritória e a Concessão das Pensões Especiais Premiais no Brasil <i>Milton Vasques Thibau de Almeida</i>	95
Assistência Social aos Presos: Uma Opção à Impossibilidade do Exercício do Direito ao Trabalho <i>Jefferson Aparecido Dias e Fernanda Mesquita Serva</i>	118
Ciudadanía y Violencia de Género sobre la Mujer Trabajadora: Reflexiones a la Luz del Ordenamiento Jurídico Español y Brasileño <i>Susana Rodríguez Escanciano e Mirian Caldas</i>	136
Dignidade, Trabalho e Escravidão: A Aprendizagem dos Ofícios Mecânicos na América Portuguesa, suas Consequências Sociais e Jurídicas na Formação de uma Identidade Coletiva dos Trabalhadores <i>Augusto Eduardo Miranda Pinto</i>	167

El Derecho Fundamental a la Libertad de Expresión: Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de 14 de Abril de 2008 – RTC/2008/56

Maria do Socorro Almeida de Sousa e Cássius Guimarães Chai 192

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIAS

REGINA TOLEDO DAMIÃO

Doutora em Direito, Mestre em Educação, Artes e História da Cultura, Especialista em Didática do Ensino Superior em Direito, Autora de diversas publicações, entre elas: Técnica Legislativa, coautora do Curso de Português Jurídico, Membro Fundador da Academia Paulista de Letras Jurídicas, Professora Aposentada como Titular de Direito Civil e Linguagem Jurídica pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Professora de EAD dos Cursos de Especialização em Gestão Ambiental e Direito Previdenciário das Universidades Municipal de São Caetano do Sul e Estácio de Sá, nesta última também Professora de Metodologia da Pesquisa II e Orientadora de TCCs em Direito Previdenciário. Curriculum lattes: <http://lattes.cnpq.br/3312338859805181>.

SYBELLE LUZIA GUIMARÃES DRUMOND

Doutoranda em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade Cândido Mendes. Pós-Graduada em Direito Previdenciário pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduada em Direito Tributário pela Universidade Gama Filho. MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Graduação em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduada em Métodos Estatísticos Computacionais pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Graduada em Farmácia-Bioquímica pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Curriculum lattes: <http://lattes.cnpq.br/7064289686111928>. Email: sybelle.drumond@gmail.com

Resumo

O presente artigo tem como objetivo abordar o interesse constitucional e infraconstitucional brasileiro pela proteção das Pessoas Portadoras de Deficiência (PPDs) sob a ótica de sua efetividade, em especial no caso da regulamentação da respectiva aposentadoria especial.

Para tanto, faz-se breve incursão em documentos internacionais e nacionais sobre a questão e seu propósito inclusivo. Em linhas gerais, tem-se como referencial os direitos assegurados pela Convenção da ONU e pela Política Nacional Brasileira de Inclusão do Deficiente na realidade social, com ênfase na sua Aposentadoria Especial, regulada pela Lei Complementar nº 142 de 2013. Permeando a pesquisa, são feitas intervenções críticas com a intenção de demonstrar o entrave burocrático que ainda persiste na efetivação

do direito à aposentadoria especial e a recorrente dificuldade brasileira de fazer de uma lei, um fato.

Palavras-chave

Efetividade; Aposentadoria Especial; Pessoa Portadora de Deficiência; Lei Complementar n° 142 do 2013.

Abstract

This paper aims to address the constitutional and infraconstitucional Brazilian purpose for the protection of Persons with Disabilities (PPDs) from the perspective of their effectiveness, especially in the case of regulations of the respective special retirement.

Therefore, it is brief foray into national and international documents on the issue and its comprehensive purpose. Generally speaking, it has as a reference the rights guaranteed by the UN Convention and the Brazilian National Policy on Disability Inclusion in social reality, with emphasis on their Special Retirement, regulated by Complementary Law No. 142 of 2013. Permeating the research are made critical interventions intended to demonstrate the bureaucratic obstacle that still persists in ensuring the right to special retirement and the recurrent Brazilian difficulty of transforming a law in a fact.

Key words

Effectiveness; Special Retirement; Persons with Disabilities; Complementary Law No. 142 of 2013.

1. Introdução

No Brasil, a proteção social teve início na assistência privada, com obras religiosas e ações particulares. Com o advento da Constituição Republicana de 1891, foi instituída a aposentadoria por invalidez para o servidor público. Houve, também, a edição de várias leis e decretos que criaram caixas de aposentadoria e pensão. Por meio da Lei Eloy Chaves, Decreto Legislativo 4.682 de 24.01.1923, autorizou-se a criação das Caixas de Aposentadoria e Pensões (CAPs), que possuem natureza privada. Este modelo foi estendido para outras empresas.

As Constituições de 1937 e de 1946 aumentaram consideravelmente a cobertura da Previdência Social, mas careciam, ainda, de uniformização para as regulamentações das Caixas e dos Institutos de Previdência Social o que só ocorreu com a Lei Orgânica da Previdência Social, Lei 3.807 de 26.08.1960. Inovações no campo da Previdência Social sucederam-se ao longo dos anos, introduzindo, na Constituição Federal de 1988, novo

modelo de proteção: a Seguridade Social. A edição de Medidas Provisórias e reformas por meio de Emendas Constitucionais foram, também, instrumentos de garantias previdenciárias, inserindo, nesse contexto, proteção às pessoas com deficiências, objetivando incluí-las no meio social, permitindo-lhes a superação de obstáculos e preconceitos enfrentados diariamente.

Diferenças há nos contextos sociais e jurídicos da comunidade internacional. Por isso, é de extrema importância o esforço da ONU e dos Estados que já ratificaram a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, objetivando sua universalização.

Expostas essas observações, o interesse da pesquisa é tecer breves considerações sobre a proteção dos portadores em diplomas internacionais para, então, analisar a política inclusiva no Brasil e apreciar sua efetividade.

2. Proteção à Pessoa Portadora de Deficiência

2.1. As Pessoas Portadoras de Deficiências (PPDs) no Ordenamento Internacional

Após a Segunda Guerra Mundial, a questão das minorias deixou de ser analisada somente sob o aspecto político e passou a ser vista pelo prisma humanitário, mais amplo, sem a limitação territorial.

É importante ressaltar que a edificação dos direitos humanos das pessoas com deficiência ocorreu após as duas guerras mundiais pelo aumento do número de deficiências de locomoção, de audição e de visão, como um dos perversos efeitos daqueles conflitos, tornando-se necessária a proteção dos Estados.

No âmbito internacional, surgiu um conjunto de regras, com diversas aplicações, em aparatos jurídicos próprios. Neste viés, cumpre separar os sistemas global, regional e local de proteção dos direitos humanos, especialmente direcionados à pessoa com deficiência.

As convenções internacionais integram o sistema global de proteção e são produzidas no âmbito da ONU, com representação de Estados da comunidade internacional, denominados de Estados-partes.

Além do sistema global, há, ainda, o sistema regional que busca a proteção de direitos no âmbito de uma região. Atualmente, há três planos regionais de proteção: o europeu, o interamericano e o africano. Ainda estão em formação mais dois sistemas: o árabe e o asiático.

No âmbito local, chamado de interno, a Constituição Federal de 1988, em seu preâmbulo, instituiu o 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.” (BRASIL, 1998)

A aplicação imediata das normas constitucionais confere força normativa aos preceitos referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos.

A proteção dos direitos humanos nos termos do sistema internacional tem, como base para a criação de políticas públicas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

2.1.1. Declaração Universal dos Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos¹ foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, pela Resolução n. 217, por 48 votos a zero, com abstenção da Bielorrússia, Checoslováquia, Polônia, Arábia Saudita, Ucrânia, União Soviética, África do Sul e Iugoslávia.

Interessante é anotar que a ONU, ainda na fase de elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, iniciou um processo paralelo de proteção especializada contra certos tipos de violação e para determinados grupos de indivíduos, cujas características especiais exigiam atenção particular e normas específicas, a saber: minorias raciais, mulheres, crianças, migrantes e, vale destacar, pessoas com deficiência, não raro, submetidas a tratamentos degradantes.

A busca de meios para assegurar garantias especiais a esses indivíduos e grupos mais vulneráveis, fortaleceu o caráter universal dos direitos dispostos na Declaração Universal².

-
- 1 Embora não faça menção expressa à pessoa com deficiência, a Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe em seu artigo XXIII, 1, que “toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”. O seu artigo II dispõe que: 1. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2. Não será tampouco feita qualquer distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.
 - 2 No âmbito da ONU, juntamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, existem hoje oito convenções internacionais reputadas como essenciais, por sua ampla e constante aplicabilidade, que compõem o cerne do sistema jurídico-normativo internacional dos direitos fundamentais do ser humano. São elas: 1) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; 2) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; 3) a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; 4) a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; 5) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; 6) a Convenção sobre os Direitos da Criança; 7) a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias e 8) a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

2.1.2. Declaração dos Direitos do Deficiente Mental e Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência

A Declaração dos Direitos do Deficiente Mental³ foi promulgada pela Assembléias Geral da ONU em 20 de dezembro de 1971. A Declaração prevê, ainda, os direitos à segurança econômica, a nível de vida condigno, ao exercício de atividade produtiva ou alguma outra ocupação útil (art. 3º), bem como sua proteção de toda exploração e de todo abuso ou tratamento degradante (art. 6º, 1ª parte).

Esse diploma determina que a pessoa com deficiência intelectual deve residir com sua família, ou em lar que substitua o seu, e participar das diferentes formas de vida em sociedade. Havendo internação, ela deverá ocorrer em estabelecimento especializado e condizente com as condições normais da vida.

A Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, promulgada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 9 de dezembro de 1975, possui maior abrangência, pois refere-se a todas as pessoas com deficiência, reiterando questões já tratadas pela Declaração de Direitos do Deficiente Mental, em especial, direitos civis e políticos, destacando a necessidade de convívio familiar e de proteção contra exploração e tratamento de natureza discriminatória, abusiva ou degradante, conforme já se aventou anteriormente⁴.

A normatização protetiva das pessoas com deficiência⁵ conferiu-lhes tratamento igualitário, sem discriminação, enumerando, entre outras, as de raça, cor, sexo, língua, religião, opiniões políticas que digam respeito à pessoa com deficiência ou a seu convívio familiar.

Os temas tratados nos treze artigos da Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência foram ampliados e complementados pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 6 de dezembro de 2006, adiante explicada.

2.1.3. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Objetivando a proteção global especializada das pessoas com deficiência, foi celebrada a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada

3 A Declaração dos Direitos do Deficiente Mental é um diploma específico sobre os direitos das pessoas com deficiência intelectual. Assegura os direitos de gozar os mesmos direitos das demais pessoas, à atenção médica e aos tratamentos exigidos pelo seu caso, como também os direitos à educação, à capacitação profissional, à reabilitação e à orientação que lhes permitam desenvolver ao máximo suas aptidões e possibilidades (arts. 1º e 2º da Declaração).

4 Disposição prevista nos arts. 4º, 9º e 10º da Declaração das Pessoas Portadoras de Deficiência.

5 O termo “pessoas deficientes” refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais (art. 1º da Declaração das Pessoas Portadoras de Deficiência).

pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 6 de dezembro de 2006, e subscrita pelo Brasil em 30 de março de 2007. A Convenção e seu Protocolo Facultativo foram ratificados pelo Congresso Nacional Brasileiro, em 9 de julho de 2008, pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho.

A Convenção⁶ contou com a participação direta de Organizações Não Governamentais, ONGs, de pessoas com deficiência, vozes ativas na sua elaboração, inserindo-se em processo constante de inovação na construção dos direitos humanos.

Ademais, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência⁷ indica seu objetivo em seu primeiro artigo: “promover, proteger e assegurar o desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade”. Em sua segunda parte, adverte “ser a deficiência um conceito em evolução e resultado das barreiras atitudinais e ambientais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

O artigo 3º elenca seus princípios⁸, garante a independência, autonomia e a inclusão social das pessoas com deficiência. O artigo 4º enumera as obrigações gerais dos Estados-partes para a plena realização de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, dentre elas, medidas antidiscriminatórias, cooperação internacional e a elaboração e implementação de legislação e políticas para a execução dos preceitos da Convenção, exigindo dos Estados-partes medidas necessárias para obtenção de efetiva igualdade de condições para as pessoas com deficiência, acelerando esse processo como prioridade de política pública. Nessa seara, conclama o compromisso estatal

6 Esse diploma contém cinquenta artigos que asseguram à pessoa com deficiência muitos direitos humanos e liberdades fundamentais, dentre os quais destacamos: direitos econômicos, sociais e culturais (art. 4, 2), à igualdade e não discriminação (art. 5), de acessibilidade (art. 9), à vida (art. 10), à igualdade (art. 12), de acesso à justiça (art. 13), à liberdade e segurança (arts. 14 e 18), à vida e inclusão na comunidade (art. 19), à liberdade de expressão e de opinião e acesso à informação (art. 21), à privacidade (art. 22), à educação (art. 24), à saúde (art. 25), habilitação e reabilitação (art. 26), ao trabalho e emprego (art. 27), à participação na vida política (art. 29), à cultura, recreação, lazer e esporte (art. 30), entre outros.

7 A convenção traz o conceito de pessoas com deficiência como sendo: “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.”

8 Os princípios previstos no artigo 3º correspondem a) o respeito pela dignidade inerente, independência da pessoa, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e autonomia individual; b) a não discriminação; c) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) a igualdade de oportunidades; f) a acessibilidade entre o homem e a mulher e; h) respeito pelas capacidades em desenvolvimento de crianças com deficiência e respeito pelo seu direito a preservar sua identidade. Esses princípios são normas direcionadas ao aplicador da Convenção, para que promova a dignidade da pessoa com deficiência, superando o modelo caritativo e eliminando os obstáculos culturais, tecnológicos e físicos para a sua efetiva inclusão social.

de buscar a conscientização social e familiar para fomentar o respeito aos portadores de deficiência de qualquer natureza, além de combater estereótipos preconceituosos.

O tema acessibilidade é tratado de forma abrangente pela Convenção, abordando as medidas a serem tomadas pelo Estado para assegurar o acesso ao meio físico, transporte, informação e comunicação, incluindo, ainda, a identificação e eliminação de obstáculos e barreiras e outras instalações de acessibilidade, internas e externas, incluindo escolas, clínicas médicas e locais de trabalho.

Enfim, o reconhecimento de que pessoas com deficiência têm capacidade legal em igualdade de condições aos demais, devendo o Estado tomar todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurá-la, inclusive quanto ao igual direito de possuir e herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, devendo assegurar que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

O reconhecimento do direito das pessoas com deficiência ao trabalho e emprego, em igualdade de oportunidades aos demais, efetiva-se pela proibição de discriminação da deficiência no recrutamento, admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho, além de direitos previdenciários compatíveis com suas limitações, permitindo-lhes um padrão de vida digno.

No que se refere à acessibilidade aos meios culturais, recreação, lazer e esporte cabe ao Estado assegurar medidas apropriadas para que as pessoas com deficiência consigam desfrutá-los em igualdade de tratamento aos demais.

Por fim, o fato de o Brasil ter assinado a Convenção, e principalmente, o Protocolo Facultativo, o caracteriza no âmbito internacional como um país que promove, protege e busca assegurar o desfrute pleno e equitativo dos direitos humanos e liberdades fundamentais a seus cidadãos, não olvidando os interesses e necessidades das pessoas com deficiência.

2.2. Proteção a Pessoas Portadoras de Deficiência no Âmbito Nacional Brasileiro

A análise do contexto da evolução histórica da Previdência Social no Brasil é necessária para acompanhar a evolução dos Direitos do Portador de Deficiência na Previdência Social.

Na década de 30, o sistema previdenciário foi estruturado em bases corporativistas, acompanhando o início do processo de industrialização do país. Em 1937, havia 183 CAPs instaladas. Além de inúmeros Institutos de Aposentadorias e Pensões, restritos aos trabalhadores urbanos.

Em 1960, a Lei Orgânica da Previdência Social, legislação aplicável aos Institutos, foi unificada mas sua gestão só o foi em 1966, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) e, em 1974, com o surgimento do Ministério da Previdência e Assistência Social.

Até o ano de 1990, a Previdência Social no Brasil estava inserida no Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS). Na área da saúde, o sistema abrangia o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) e a Central de Medicamentos (CEME). Na área da assistência social, compreendia a Fundação Nacional de Bem Estar do Menor (FUNA-BEM) e a Legião Brasileira de Assistência (LBA). Já a Previdência Social contava com o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), responsável pelo pagamento de benefícios monetários, o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS), responsável pela arrecadação, fiscalização e administração das contribuições e a Dataprev, empresa de processamento de dados da Previdência Social.

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) foi criado em 1990, produto da fusão dos extintos INPS e IAPAS, como autarquia vinculada ao Ministério da Previdência Social, com redes de atendimento distintas para os serviços de arrecadação e de fiscalização. Modernizada a sua estrutura, o INSS, braço operacional do Ministério da Previdência Social, passou a contar com uma diretoria colegiada, gerências executivas, além de postos de atendimentos.

A Medida Provisória, MP, n° 222, em 2004, criou a Secretaria da Receita Previdenciária. O INSS deixou de cuidar da arrecadação e fiscalização das contribuições previdenciárias, exercendo a atribuição exclusiva do pagamento de benefícios e atendimento dos segurados. Em janeiro de 2005, a MP n° 222 foi convertida em lei. Em 2007, as atribuições da Secretaria da Receita Previdenciária passaram a integrar a recém criada Secretaria da Receita Federal do Brasil, vinculada ao Ministério da Fazenda.

Em 2009, foi criada a Previc, Superintendência Nacional de Previdência Complementar, autarquia especial vinculada ao Ministério da Previdência Social, com a função de supervisionar e fiscalizar as entidades fechadas de previdência complementar, também conhecidas, no Brasil, como “fundos de pensão”, de adesão voluntária e complementares ao Regime Geral de Previdência Social, com participação exclusiva de um grupo específico de empregados de uma empresa.

Enfim, o Direito Previdenciário, desde sua origem, tem por objetivo a cobertura dos “riscos sociais, tomada a expressão no seu sentido comum de acontecimento *incertus an e incertus* quando que acarrete uma situação de impossibilidade de sustento próprio e da família”. (JÚNIOR, 2005, p. 15)

A Constituição Federal de 1988, com seu caráter solidário, busca a aplicação da isonomia, propiciando ao portador de quaisquer das modalidades de deficiência, medidas

protetivas que o colocam em igualdade de condições aos demais segurados da Previdência Social, com o raciocínio de haver desigualdade para assegurar a igualdade entre pessoas desiguais, com condições laborais diferentes.

2.2.1. Garantias Constitucionais às Pessoas Portadoras de Deficiências

Conforme já explicado, a Seguridade Social é financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio de contribuições sociais listadas pelas Emendas Constitucionais nº 20/98 e nº 42/2003, prevendo benefício de prestação continuada ao deficiente.

A garantia constitucional do Benefício Previdenciário Continuado (BPC), regulamentada pela LOAS, (sigla cristalizada da Lei Orgânica da Assistência Social), norma infraconstitucional, é possível àqueles que não dispõem de meios de prover o próprio sustento nem tê-lo provido por sua família, devido à miserabilidade – definida em lei quando a renda mensal per capita não é superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo – benefício destinado ao portador de deficiência ou à pessoa idosa de 65 anos.

Nesse diapasão, bom é ressaltar que a Constituição Federal de 1988, apesar de pouca efetividade quando suas normas apresentam natureza programática, demonstra evidente interesse pela proteção das pessoas portadoras de deficiência, podendo-se exemplificá-lo com alguns de seus dispositivos:

- a) Art. 23, II - Dispõe sobre competências, quanto à assistência social e aos cuidados da saúde, faz referência expressa aos portadores de deficiência.
- b) Art. 24, XIV - Exige a integração social das pessoas com deficiência.
- c) Art. 27, II - Garante proteção às pessoas portadoras de deficiência, reiterando a obrigação protetiva dos entes federativos quanto à saúde e assistência social.
- d) Art. 201, IV e V, no Capítulo da Ordem Social, dispõe sobre a obrigatoriedade de medidas protetivas, independentemente de contribuição ao custeio previdenciário, às pessoas portadoras de deficiência, com a garantia de um salário mínimo, quando não houver recursos para subsistência, ou ocorrer dependência de familiares para sobrevivência, reiterando o disposto no inciso II do mesmo artigo que exige assistência social aos menos favorecidos, incluindo expressamente as pessoas portadoras de deficiência.
- e) Art. 227 - Prevê a assistência integral, incluindo as pessoas portadoras de deficiências físicas, sensoriais ou mentais, devendo-se promover medidas protetivas e tratamento especializado.

- f) Art. 244 - Estabelece a obrigatoriedade de Lei Complementar para regulamentação de acesso a lagradouros, edifícios públicos e transportes coletivos.

Com esses exemplos, entre muitos outros, fica claro que os constituintes da Lei Magna de 1988 quiseram ressaltar a posição brasileira diante de políticas inclusivas recomendadas nos diplomas internacionais.

2.2.2. Política Brasileira de Inclusão Social das Pessoas Portadoras de Deficiência

A saúde é direito social fundamental e, como tal, é direito de aplicação imediata, conforme o artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal, não se admitindo que o Estado Brasileiro se esquive de garanti-lo sob a alegação de que não existem condições financeiras.

A deficiência é caracterizada por dificuldades fisiológicas no organismo que dificultam o funcionamento do cérebro, do sistema locomotor ou paralisia nos membros inferiores ou superiores. Ademais, pode ainda ser decorrência de fatores genéticos, fatores virais ou bacterianos e fatores traumáticos.

O artigo 198 da Constituição Federal estabelece que as ações e serviços públicos de saúde constituem um Sistema Único de Saúde, SUS, financiado por recursos públicos, norteado pelas diretrizes da descentralização, possuindo uma direção para cada esfera de governo, tendo em vista atendimento integral de todos os casos e de todos os cidadãos.

O Estado, nos termos da Lei 7.853 de 1989 e do Decreto-Lei 3.298 de 1999, estabeleceu normas para assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência e sua efetiva integração ao meio social, criando a Coordenadoria Nacional e a Política Nacional para a efetivação desse fim, assegurando-lhes, além dos direitos fundamentais, tratamento prioritário e adequado.

Nesse cenário, o exame admissional ou sequencial, realizado pela empresa em seus trabalhadores, tem considerável importância, tanto para o aspecto avaliativo da saúde do trabalhador, quanto para a descoberta de anomalias.

A forma mais comum de conclusão sobre uma deficiência é a apurada pela Previdência Social, no Regime Geral da Previdência Social (RGPS) ou do Regime Próprio da Previdência Social (RPPS). O exame médico feito pelas Forças Armadas, quando do serviço militar, tem localizado muitos incapacitados.

Desde as primeiras iniciativas de proteção ao portador de deficiência, a política inclusiva brasileira tem construindo acervo legislativo abundante sobre o assunto, em diversas áreas da vida em sociedade, podendo-se destacar algumas leis ou decretos sobre a matéria, como se verá:

O Decreto-Lei nº 2.842 de 7 de dezembro de 1940, ao legislar sobre crimes contra o trabalho, fixou, no parágrafo 2º de seu artigo 209, aumento de um sexto a um terço da pena para crimes cometidos contra vulneráveis, incluindo, entre eles, a pessoa portadora de deficiência física ou mental, não distinguindo entre as primeiras, as de locomoção das sensoriais.

A Lei nº 4.616, de 2 de abril de 1965, concedeu isenção de impostos de produtos importados e de consumo, além de taxa aduaneira para veículos adaptados de uso exclusivo de pessoas com defeitos físicos, impossibilitados de usarem modelos comuns.

A Lei 7.070, de 20 de dezembro de 1982, dispôs sobre pensão especial para deficientes físicos, mantida pelo INSS.

O Decreto-Lei nº 2.236, de 23 de janeiro de 1985, dispensou a substituição obrigatória de documento de identidade estrangeiro, a cada nove anos, a contar de sua expedição, aos deficientes físicos.

A Lei 7.405, de 12 de novembro de 1985, tornou obrigatória a colocação de “Símbolo Internacional de Acesso” em todos os lugares e serviços utilizados por pessoas portadoras de deficiência

A Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, legislou sobre a Coordenadoria Nacional para Integração de Pessoa Portadora de Deficiência para interesses coletivos e difusos daqueles a serem por ela protegidos, regulamentada pelo Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1989, ocasião em que estabeleceu a Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, determinando, em seu artigo 3º, proteção especial aos que tiveram perda de estruturas de funções fisiológicas ou psicológicas, geradoras de incapacidade para o trabalho.

Importante documento legal para o tema, é a Lei 8.213 de 24 de julho de 1991, que estabeleceu o Plano de Benefícios da Previdência Social, regulamentando, entre outros, o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez.

Mais significativa, ainda, é a Lei nº 8.742, denominada Lei Orgânica da Assistência Social, LOAS, regulamentadora do artigo 201, da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º, V, garantido a exigência já comentada anteriormente, vale recordar, salário mínimo como benefício mensal à pessoa portadora de deficiência quando não tiver meios de subsistência, dependendo exclusivamente de seus familiares.

Alguns diplomas legislativos têm aplicação particularizada, como ocorreu com a aprovação do Projeto de Lei 7.657/2014 que concedeu pensão mensal e vitalícia à atleta olímpica Laís da Silva Souza, com valor equivalente ao benefício máximo de R\$ 4.390,24 (quatro mil, trezentos e noventa reais e vinte e quatro centavos), intransferível.

Essa coleta aleatória de exemplos legislativos de proteção à pessoa portadora de deficiência demonstra a preocupação do legislador brasileiro com esses vulneráveis, esclareça-se,

nunca sem antes ocorrerem reivindicações exaustivas de ONGs e dos diversos setores da sociedade civil.

3. Aposentadoria da Pessoa Portadora de Deficiência na Seguridade Social Brasileira

O direito ao trabalho é um dos mais importantes dos direitos humanos e a inclusão social das pessoas com deficiência não se resume na sua inserção no mercado de trabalho, mas preocupa-se, também, com meio ambiente laboral, adequado e com a garantia de benefícios previdenciários diferenciados.

A política inclusiva brasileira tem-se preocupado cada vez mais em tornar produtivas as pessoas portadoras de deficiência que, no passado, eram vistas como fardo a ser suportado, particularmente os deficientes mentais, pela tradição greco-romana de cultivar a perfeição, considerando a inteligência como chave do sucesso profissional, na acepção preconceituosa de que só assim a pessoa torna-se produtiva.

Visando cumprir os princípios e normas da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da Organização das Nações Unidas (ONU), o Brasil lançou, em 2011, o Programa Viver sem Limites, que prevê a articulação de políticas governamentais de acesso à educação, atenção à saúde e respeito à acessibilidade.

Como se comentou alhures, o preâmbulo da Convenção estabelece, com base na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, que toda pessoa faz jus a direitos e liberdades, sem distinção de qualquer espécie, bem como à garantia de que todas as pessoas com deficiências exerçam suas atividades de forma integral. A Constituição Federal de 1988, ao descrever sua concepção de deficiência, para a obtenção do benefício, exige incapacidade para o trabalho por um período mínimo de 2 anos ou mais.

Em época anterior à Lei 12.435 de 2011, os requisitos identificadores da deficiência eram definidos pela doutrina e pela jurisprudência, quais sejam: a) incapacidade considerada permanente ou temporária; b) incapacidade para o trabalho e para a vida independente, de forma cumulativa, ou alternativa.

No que se refere à concessão da aposentadoria especial, requer-se o atendimento ao binômio nocividade e permanência. A nocividade pode ser aferida de forma quantitativa e qualitativa. Para a permanência, há a exigência do trabalho por um período de 15, 20 ou 25 anos conforme o caso, com a exposição do agente nocivo, de forma não ocasional nem intermitente.

Na aposentadoria especial, o coeficiente a ser aplicado sobre o salário-de-benefício para a definição da renda corresponde a 100%. Sua concessão depende de comprovação,

pelo segurado, perante o INSS, do tempo de trabalho, além de exteriorizar características que o integram a listagem das modalidades de deficiências.

A aposentadoria diferenciada aos segurados portadores de deficiência foi regulamentada pela Lei Complementar nº 142 de 2013 tornando o ordenamento aplicável, em especial a Emenda Constitucional nº 47, de 2005 que previa sistema especial de inclusão previdenciária, com alíquotas e carências inferiores às dos demais segurados do Regime Geral da Previdência Social.

Aos contribuintes que optarem pelo sistema especial, não há direito de aposentaria por tempo de contribuição, mas somente por idade ou por invalidez. Também não se pode utilizar estas contribuições para contagem recíproca de tempo de contribuição, com o intuito de transferir o tempo de contribuição do INSS para os Regimes Próprios o que, em regra, é permitido.

A carência compreende o número de contribuições mensais necessárias para efetivação do direito a um benefício, sendo dispensada nos casos de doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Previdência Social, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência ou quaisquer fatores de especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado, depois de o segurado ter-se filiado à Previdência Social. Veja-se que, interpretada a normatização em sentido literal, haveria obstáculos para as pessoas portadoras de deficiência ingressarem no mercado de trabalho, com direito às regras protetivas que o Sistema Previdenciário Brasileiro prevê aos portadores de deficiências, acionando-se amiúde o Judiciário.

4. Efetivação da Garantia Constitucional na Aposentadoria Especial das Pessoas Portadoras de Deficiência

Após 25 anos de sua previsão constitucional, o Poder Executivo Federal sancionou a Lei que trata da aposentadoria especial de segurado filiado ao Regime Geral da Previdência Social, ou seja, a Lei Complementar nº 142 de 2013 que reduz a idade e tempo de contribuição à Previdência Social para a aposentadoria de pessoa com deficiência, atendendo princípios, recomendações e algumas disposições que asseguram a proteção aos portadores de deficiência⁹.

9 Os princípios que protegem os portadores de deficiência correspondem a: 1) Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; 2) Medidas para conter os preconceitos gerais da civilização nos termos do artigo 3, IV da Constituição Federal de 1988; 3) Igualdade entre os seres humanos: conforme o artigo 5º da Constituição Federal de 1988; 4) Discriminação laboral: o artigo 7, XXXI da Constituição Federal de 1988; 5) Competência legislativa; 6) Habilitação e Integração. 7) Benefício do pagamento continuado; 8) Educação especializada; 9) Programa de prevenção e atendimento prioritário; 10) Acessibilidade urbanística.

O trabalhador portador de deficiência foi classificado em três níveis diferentes. A Lei Complementar em tela separa a deficiência em grave, moderada e leve¹⁰. No enquadramento da deficiência grave, o deficiente precisa somar 25 anos (homens) e 20 anos (mulheres). Já a deficiência moderada precisa de 29 anos (homens) e 24 (mulheres). Para a deficiência leve, requer-se 33 anos (homens) e 28 (mulheres). Em todas, exige-se carência mínima de 15 anos de contribuição. No entanto, o texto não regulamenta, nem define os critérios objetivos para indicar o que é grave, moderado ou leve, necessitando de regulamentação para esclarecer esses aspectos.

Como se não bastassem os 25 anos de espera, para o surgimento dessa Lei Complementar, a regulamentação dos critérios de avaliação dos graus de deficiência só ocorreu na Portaria Interministerial de 27 de janeiro de 2014, superando, e muito, o prazo de sua implementação, exigindo, então, utilização da Tabela SUSEP¹¹, órgão que define os critérios de seguros no Brasil para pagar indenização em caso de invalidez.

O grau de deficiência é atestado por perícia própria do Instituto Nacional do Seguro Social, por meio de instrumentos desenvolvidos para esse fim. No entanto, a Lei não diz que instrumentos são esses, criando ainda mais incertezas quanto à concessão da nova aposentadoria e, por conseguinte, discussão no Judiciário que também tem sido acionado frequentemente para dirimir dúvidas sobre as perícias médicas do INSS, nem sempre confiáveis e muitas vezes desconstituídas por peritos judiciais, pois não é fácil ao deficiente conseguir se enquadrar nas diferentes modalidades de deficiência.

Além disso, a burocracia entrava a concessão do benefício. Na avaliação médica e funcional, exigida pela Lei, há um roteiro a ser seguido: data provável da deficiência e seu grau identificação da variação da deficiência e dos períodos de cada grau de deficiência.

Bom anotar, também, que a avaliação da funcionalidade da pessoa portadora de deficiência segue as normas da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) da Organização Mundial da Saúde (OMS) e o Índice de Funcionalidade Brasileiro (IFBrA), aplicável para fins dessa aposentadoria especial. Não é ainda demais esclarecer que a tabela do CIF avalia o efeito da deficiência na limitação da atividade laboral para todas as modalidades, lembrando, física, sensorial e mental, levando-se em conta, também, sua participação, em todas relações sociais.

10 A Lei Complementar regulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe: “É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar”.

11 SUSEP é o órgão responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro. A SUSEP é uma autarquia que está vinculada ao Ministério da Fazenda, criada pelo Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966.

Outro obstáculo para a efetividade do benefício foi que o agendamento de perícias só ter início em 03 de fevereiro de 2014, a despeito da previsão de entrar a Lei em vigor a partir de 04 de dezembro de 2013. Maior fragmentação temporal ocorreu nesse demorado processo de implantação, pois as perícias só tiveram início em março de 2014, obstaculizando a vigência da Lei Complementar em análise.

Diante do que dispõe a norma jurídica, é missão dos Magistrados e Tribunais, quando invocados, aplicarem a lei em cada caso, usando de criatividade com raciocínio lógico, aguçada sensibilidade e senso determinado de fazer Justiça.

Ao Ministério Público cabe a missão de postular no Judiciário, como guardião de direitos coletivos, o cumprimento efetivo de direitos quase sempre conferidos em ambiência de generalizações, palavras semanticamente muito abertas e pouco claras e, não raro, sem regulamentação.

Todavia, ambos órgãos do Judiciário ficam entravados quando não há regulamentações efetivas de leis, principalmente quanto às regras a serem aplicadas no período lacunoso que sobrevém quando se encerra a *vacatio legis* sem que haja as exigências de sua implantação, sendo desastroso seu resultado: entra em vigor uma lei, mas não sua efetivação.

Nesse impasse, o remédio constitucional do Mandado de Injunção é recurso judicial usado para questionar omissões do Poder Legislativo na regulamentação de direitos constitucionais, em sua maioria, de natureza programática. Em comentada decisão monocrática¹² do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello entendeu que o direito à aposentadoria especial está descrito no parágrafo 4º, Inciso I, do artigo 40 da Constituição e já deveria ter sido regulamentado pelo Congresso. Como não o foi, é de ser aplicada, por analogia, a regra prevista no artigo 57 da Lei 8.213/1991, a Lei de Custeio da Previdência.

Lamentáveis as dificuldades encontradas aos demandantes diante da omissão legislativa para a execução do seu direito, pois a Autoridade Administrativa a qual o comando injuncional se dirigia e era supletivo da lei faltante, impôs duas condições para atender a decisão injuncional do Supremo Tribunal Federal:

12 A matéria da aposentadoria especial do servidor público foi julgada pela primeira vez através do mandado de injunção 721/DF pelo relator Ministro Marco Aurélio em 30/08/2007 pelo Tribunal Pleno. O STF reconheceu que a inexistência de lei específica para o exercício do direito constitucional à aposentadoria com tempo de serviço reduzido, determinou a aplicação temporária do art. 57 da Lei 8.213 de 1991. Da mesma forma em que autorizou o julgamento monocrático de todos os demais processos que tivessem o mesmo objeto, evitando assim que cada caso fosse levado ao plenário. Como resultado teve-se a consolidação do entendimento jurisprudencial da aplicação analógica do art 57 da Lei 8.213 de 1991 para a regulamentação da aposentadoria especial dos servidores públicos. A aplicação do art. 57 da Lei 8.213 de 1991 é limitada, não se dá de forma integrativa. Deve-se considerar a súmula vinculante 33 do Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe: Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

- (i) lançamento do abono de permanência em folha, somente após o trânsito em julgado da decisão em sede de jurisdição constitucional;
- (ii) aplicação dos valores de forma não retroativa.

Assim, o servidor com deficiência passou a legitimar-se à aposentadoria especial aos 25 anos de atividade e contribuição por força do acórdão exarado pelo Supremo Tribunal, gerando-se no sistema jurídico nacional a regra reguladora que faltava para o advento da efetividade do direito consagrado no artigo 40, parágrafo 4º, Inciso I, da Constituição Federal, direito estendido a todos, porque a carga normativa de um Mandado de Injunção tem projeção erga omnes. Vale recordar, nesse passo, que a decisão injuncional supre a omissão legislativa ainda que a lei, quando elaborada, dispuser de foma diferente da coisa julgada injuncional, não ocorrendo retroatividade para alcançar direitos já adquiridos para modificá-los.

Conforme comentários acima, a presidente Dilma Rousseff sancionou a Lei Complementar nº 142, em 08 de maio de 2013, sobre a aposentadoria das pessoas portadoras de deficiência, com *vacatio legis* de 6 meses de sua publicação oficial, regulamentando, assim, o artigo 201 da Constituição Federal. Entre as regras, a redução do tempo de contribuição e da idade para concessão da aposentadoria de acordo com o grau de deficiência do segurado.

Para a verificação da gravidade, a avaliação deve ser médica e funcional e o grau de deficiência atestado por perícia própria do Instituto Nacional do Seguro Social. Por esse sistema, a idade mínima para aposentadoria dessas pessoas é de 60 anos (homens) e 55 anos (mulheres). Para as deficiências graves, prevê-se contribuições de 25 anos (homens) e 20 anos (mulheres). Já as deficiências físicas moderadas exigem 29 anos (homens) e 24 anos (mulheres), enquanto as leves, 33 anos (homens) e 28 anos (mulheres).

Para ter reconhecido o direito à aposentadoria nos moldes da Lei Complementar em análise, a deficiência deve acarretar impedimentos de longo prazo, seja de natureza física, sensorial ou mental, impeditivos da participação dessa pessoa na sociedade em igualdade de condições aos que atendem as expectativas de padrão dito normal. A existência de deficiência anterior à data da vigência da lei deve ser certificada, inclusive quanto ao seu grau, sendo obrigatória a fixação da possível data do início da deficiência.

A deficiência sensorial ocorre quando um ou mais dos cinco sentidos (visão, audição, tato, olfato e paladar) não funcionam total ou parcialmente, como a perda parcial da visão ou da audição. Por deficiência física, entende-se a alteração total ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano que compromete a função física. Alguns exemplos são a paralisia cerebral, amputação ou ausência de membro, tetraplegia, paraplegia, dentre outros. Deficiência mental ou intelectual é o retardo, um problema no cérebro humano que leva seus portadores a um baixo rendimento cognitivo, ou seja, redução da capacidade

intelectual quando comparada ao padrão considerado normal para idade, como ocorre com portadores de síndrome de Down, autismo, entre outras anomalias da saúde mental. Quanto mais grave a incapacidade impeditiva do trabalho, por sua restrita funcionalidade, menor o tempo de contribuição para a aposentadoria especial por invalidez.

Na aposentadoria por invalidez, é necessária perícia médica no INSS a cada dois anos, com o objetivo de verificar se o motivo que impossibilitou o segurado de seguir trabalhando, persiste. No caso da aposentadoria especial para deficientes, exige-se tempo de contribuição reduzido e o benefício, uma vez concedido, correspondente a 100% do salário-de-contribuição. Importante se faz salientar que muitas vezes os deficientes não se enquadram no afastamento por invalidez, tendo de cumprir o tempo normal de contribuição. Há possibilidade de requerer acréscimo de 25% para garantir o salário de um cuidador. O valor total, porém, é limitado ao teto, cessando com a morte do beneficiário e a comprovação da real necessidade está sujeita à análise da perícia do INSS, sem a qual não terá natureza de assistência social.

5. Conclusões

A inclusão social da Pessoa Portadora de Deficiência assegura a concretude do princípio da Dignidade da Pessoa Humana e demais valores de um Estado Democrático de Direito, conforme preceitua a Constituição Federal de 1988.

O reconhecimento legislativo dos grupos, reiteradamente excluídos, como os negros, os indígenas e as pessoas portadoras de deficiências traz a aplicação do conceito de equidade que, aplicado efetivamente, elimina a discriminação e introduz uma relação mais justa entre pessoas de uma sociedade, bem como dos cidadãos com os poderes estatais, alinhando-se aos anseios da comunidade internacional.

O preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria especial, previsto no parágrafo 4º do artigo 40 da Constituição Federal de 1988 refere-se apenas à contagem especial de tempo do serviço público para fins de concessão da aposentadoria no Regime Próprio da Previdência Social. A impetração de Mandado de Injunção junto ao Supremo Tribunal Federal tornou-se remédio jurídico recomendado para que se cumpram as normas constitucionais sobre direitos individuais e coletivos que não tenham sido adequadamente regulamentados pelo legislador.

Não é demais anotar que a legislação brasileira em quase nada se dirige ao deficiente mental pelo severo preconceito, primeiro no seio familiar, depois na escola, enfim, nas relações sociais em geral. Nesse contexto, surgiu, principalmente nas lições acadêmicas dos cursos de Pedagogia, a expressão portador de necessidades especiais, pela rejeição do termo deficiência, apesar de ter sido a preocupação primeira das convenções e declarações internacionais.

A Lei Complementar nº 142 de 2013, a despeito de constituir-se importante conquista aos portadores de deficiência, possui diversas disposições abstratas, por vezes obscuras, de modo a gerar grandes debates jurídicos em sua interpretação.

Apesar de decisão do Supremo Tribunal Federal favorável ao deficiente, no momento da execução do seu direito, a Autoridade Administrativa cria-lhe obstáculos, impondo condições leoninas no cumprimento injuncional.

Além disso, na dúvida quanto à melhor abordagem da norma de colmatação eleita pelo Supremo Tribunal Federal para regular a matéria (artigo 57 da Lei 8.213/91), tornou-se recorrente invocar o princípio *in dubio pro fisco*.

O servidor público com deficiência passou a legitimar-se à aposentadoria especial aos 25 anos de atividade e de contribuição. O acórdão do STF, transitado em julgado nos autos do Mandado de Injunção 721/DF, mediante o preenchimento das regras específicas, gerou no sistema jurídico nacional a regra reguladora que faltava para o advento da efetividade do direito consagrado no artigo 40, parágrafo 4º, Inciso I, da Constituição Federal, extensivo a todos, pois a carga normativa de um Mandado de Injunção tem projeção *erga omnes* naquilo que comportar aos titulares do mesmo direito em igualdade de condições alcançando, então, o trabalhador do setor privado e as demais pessoas, mesmo as não filiadas no sistema previdenciário quando houver a finalidade de garantir a sobrevivência da vida humana.

Enfim, a Lei Complementar nº 142 de 2013 constituiu-se em significativa conquista aos segurados do RGPS portadores de deficiência, mas não afastou o sentimento de insegurança jurídica porque, desde sua origem, acenou possibilidade de modificações na sua regulamentação pelo Poder Executivo, alargando, inclusive, a vacatio legis para seis meses de sua publicação.

Apesar de ser marco importante de proteção às pessoas portadoras de deficiências (PPDs), essa Lei acumula omissões, generalizações e dispositivos abstratos que, dependendo da forma a ser regulamentada, deve ensejar muitos embates judiciais.

Nesse passo, oportuno se faz assinalar que as Medidas Provisórias nº 664 e 665, editadas nos estertores de 2014, exatamente em 30 de dezembro, alteraram muitos benefícios previdenciários, entre eles, auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, como um dos instrumentos de política de ajustes fiscais, limitando alguns benefícios. Advirta-se que não estão elas ainda convertidas em Lei, em penosa tramitação nas Casas do Legislativo, com andamento, também, de Ação Direta de Inconstitucionalidade da MP nº 664, perante o STF

Dessa forma, para que se faça realizar a tão decantada justiça social, a pessoa portadora de deficiência tem buscado seus direitos, não raro, nas vias judiciais, até mesmo por estarem faltantes normas reguladoras de aposentadoria especial nas diversas modalidades

de deficiência, não tendo o INSS as enquadrado em critérios específicos e seguros de fixação de seus graus.

Tem-se dito, aqui e acolá, que o Brasil governa com imagem legislativa: a cada reivindicação que excita a mídia e a cada manifestação que leva o povo às ruas, com espírito de cidadania, surgem Medidas Provisórias e Projetos de Lei, sem a devida regulamentação e aplicação efetivas.

Fica a ilusão de proteção social real. Resta a esperança de sua efetividade. Espera-se por novos fatos para novas leis.

Todavia, o povo brasileiro festeja estar em um Estado Democrático de Direito, depositando seus anseios na pátria livre e solidária.

6. Referências

- ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de os derechos fundamentales**. 66 Revista Española do Derecho constitucional, 2002.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2º ed. Brasília: CORDE, 1996.
- ASENSI, Felipe Dutra. **Direito a saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação**. Curitiba: Ed Juruá – FGV Direito Rio, 2013.
- BALERA, Wagner. **A contribuição social sobre o lucro**. Revista de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros. 1996.
- _____. **Contribuições sociais**. Caderno de Pesquisa Tributária. São Paulo: Centro de Extensão Universitária e Editora Resenha Tributária. n. 17. abr. 1992.
- BRAGANÇA, Kerlly Huback. **Manual de direito previdenciário**. 8º ed. revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.
- BRASIL, **Constituição da República de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 de Fevereiro de 2015.
- _____. **Decreto-Legislativo nº 186 de 2008**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/congresso/DLG/DLG-186-2008.htm. Acesso em: 20 de Março de 2015.
- _____. **Decreto-Lei nº 2.236 de 1985**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2236.htm. Acesso em: 20 de Março de 2015.
- _____. **Decreto-Lei nº 2.842 de 1940**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2842-5-dezembro-1940-412889-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 21 de Março de 2015.

- _____. **Decreto nº 3.298 de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 20 de Março de 2015.
- _____. **Decreto nº 4.682 de 1923**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL4682.htm. Acesso em: 22 de Março de 2015.
- _____. **Decreto nº 6.949 de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 22 de Março de 2015.
- _____. **Lei nº 3.807 de 1960**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm. Acesso em: 20 de Março de 2015.
- _____. **Lei nº 4.616 de 1965**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4616-15-abril-1965-377864-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 22 de Março de 2015.
- _____. **Lei nº 7.070 de 1982**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7070.htm. Acesso em: 20 de Março de 2015.
- _____. **Lei nº 7.405 de 1985**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7405.htm. Acesso em: 20 de Março de 2015.
- _____. **Lei nº 7.657 de 2014**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7657.htm. Acesso em: 20 de Março de 2015.
- _____. **Lei nº 7.853 de 1989**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm. Acesso em: 20 de Março de 2015.
- _____. **Lei nº 8.213 de 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 18 de Fevereiro de 2015.
- _____. **Lei nº 8.742 de 1993**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 22 de Fevereiro de 2015.
- _____. **Lei nº 12.435 de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm. Acesso em: 22 de Fevereiro de 2015.
- _____. **Lei Complementar nº 142 de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp142.htm. Acesso em: 20 de Fevereiro de 2015.
- CARVALHO RAMOS, Andre de. **Direitos humanos em juízo. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.
- DERZI, Mizabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Ed Noeses, 2009.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R: **De la arbitrariedad del legislador**. Civitas, Madrid, 1998.
- FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência**. São Paulo: Ltr. 72-03/263, Vol. 72, nº. 03 Março de 2008.
- GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa & princípios constitucionais da igualdade**. Rio de Janeiro: Ed Renovar, 2001.
- GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira. **Benefícios por incapacidade & perícia médica**. Manual Prático, 2ª ed. Curitiba: Ed Juruá, 2014.
- JÚNIOR, Miguel Horvath. **Direito previdenciário**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SOARES, João Marcelino; FOLMANN, Melissa. **Coleção prática, processo e jurisprudência previdenciária, edição atualizada de acordo com as Leis 12.435/11 e 12.470/11**. Curitiba: Ed. Juruá: 2012.
- TAVARES, Marcelo Leonardo Tavares, **Direito previdenciário**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **A gramática dos direitos humanos**, in 4. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, 2002.

Documentos:

- Declaração de Direitos, 1689 (Bill of Rights).
- Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 26 de agosto de 1789.
- Declaração Universal dos Direitos Humanos, 10 de dezembro de 1948.
- Declaração dos Direitos do Deficiente Mental, 22 de dezembro de 1971.
- Declaração dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência, 9 de dezembro de 1975.

A FORÇA COGENTE DAS NORMAS PREVIDENCIÁRIAS NAS CONVENÇÕES E NOS ACORDOS COLETIVOS DE TRABALHO

SUZANI ANDRADE FERRARO

Doutora em Direito pela PUC-SP, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Professora de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário da UFRRJ- Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro.

Resumo

Os direitos previdenciários oriundos das convenções e dos acordos coletivos de trabalho são direitos fundamentais sociais de destacada relevância social na medida em que as categorias profissionais que celebram as convenções e os acordos coletivos podem lutar para que os direitos conquistados sejam incorporados definitivamente ao patrimônio individual dos trabalhadores. Neste sentido, foram eleitos os princípios da ultratividade, da norma mais favorável, da dignidade humana e da vedação do retrocesso social. Este trabalho pretende demonstrar a força cogente das normas previdenciárias nas convenções e nos acordos coletivos de trabalho, pois, uma vez estabelecidas, as condições mais favoráveis nas Convenções ou Acordos Coletivos, estas devem incorporar-se ao patrimônio jurídico do trabalhador e não podem mais ser suprimidas, pois a não incorporação dessas normas mais benéficas ao patrimônio jurídico do trabalhador vai significar um retrocesso social que confere aos direitos fundamentais, em especial, aos sociais, estabilidade nas conquistas dispostas na Carta Magna.

Palavras-chave

Fontes do direito previdenciário; Negociação coletiva do trabalho; Sistema jurídico de previdência social no Brasil; Convenções coletivas de trabalho; Acordos coletivos de trabalho; Ultratividade; Norma mais favorável; Proibição do retrocesso social.

Resumen

Derechos de pensión que viene de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo son derechos sociales fundamentales resaltados relevancia social en que las categorías profesionales que celebran las convenciones y los convenios colectivos pueden luchar por los derechos adquiridos se incorporan de forma permanente en los patrimonio individuales de los trabajadores. En este sentido, los principios de ultratividade fueron elegidos, bien como

en la norma más favorable a la dignidad humana y el prohibición de la regresión social. Este trabajo tiene como objetivo demostrar la fuerza de las normas imperativas de seguridad social en los convenios y acuerdos colectivos de trabajo, ya que, una vez establecidas, las condiciones más favorables en los acuerdos o convenios de negociación colectiva, que se incorporarán al patrimonio jurídico del trabajador y ya no pueden ser suprimido, por no incorporar estas normas más beneficiosas para el patrimonio jurídico del trabajador supondrá una regresión social que otorga derechos fundamentales, en particular, al desarrollo social, la estabilidad en los logros dispuestas en la Carta Magna.

Palabra clave

Fuentes de la ley de seguridad social; La mano de obra la negociación colectiva; Sistema de seguridad social legal en Brasil; Convenios colectivos de trabajo; Convenios colectivos; Ultratividade disposición más favorable; La prohibición de regresión social.

1. Introdução

Os direitos previdenciários oriundos das convenções e dos acordos coletivos de trabalho são direitos fundamentais sociais de destacada relevância social na medida em que as categorias profissionais que celebram as convenções e os acordos coletivos podem lutar para que os direitos conquistados sejam incorporados definitivamente ao patrimônio coletivo e individual dos trabalhadores. Neste sentido é relevante fazer uma releitura dos conceitos de “fontes do direito” a partir do direito constitucional para que sejam examinadas as fontes do direito previdenciário. De plano é importante, outrossim, antecipar que a Constituição é a fonte primária do direito previdenciário. Também, é relevante fazer a contextualização das convenções e acordos coletivos - com a abrangência histórico-conceitual das negociações coletivas, desde a perspectiva de superação do paradigma do contrato individual de trabalho até a definição dos contornos específicos dos contratos coletivos, tanto no direito estrangeiro, quanto no direito brasileiro como exame da vigência e a eficácia dos contratos coletivos de trabalho. Ademais, também serão referenciados princípios que norteiam as convenções e os acordos coletivos do Trabalho, sempre com a preocupação metodológica de eleição dos princípios que mais estão alinhados ao objeto deste trabalho. Neste sentido, foram eleitos os princípios da ultratividade, da norma mais favorável, da dignidade humana e da vedação do retrocesso social.

Enfim, o que se pretende nesse trabalho é demonstrar a força cogente das normas previdenciárias nas convenções e nos acordos coletivos de trabalho, pois sendo uma norma fundamental tem como fim promover o resgate do valor do trabalho e vincular toda ordem social aos fins a que elas foram adjudicados com a busca da justiça e do bem-estar sociais.

2. Fontes do Direito

A convivência humana em sociedade faz surgir conflitos de interesses e, como conseqüência, impõe-se a normatização das condutas individuais a fim de assegurar a ordem e a paz social. As normas dispostas em conjunto e sistematicamente formam o que se denomina direito. Norberto Bobbio (2001, pp.170-176)¹ assinala que o que se chama de direito é mais uma característica de certos ordenamentos normativos do que de certas normas. Parte-se da norma e chega-se ao ordenamento jurídico. Assim, norma jurídica é aquela que pertence a um ordenamento jurídico (BOBBIO, 1997, p.194)².

O poder é um elemento essencial ao conceito de fonte de direito. Este se diversifica em modalidades da forma do poder de decidir na experiência social. Existem quatro tipos de fontes de direito: a legal, que resulta do poder estatal de legislar; a consuetudinária, expressão do poder social inerente à vida coletiva e das formas de comportamento; a jurisdicional, que se vincula ao Poder Judiciário, por intermédio das sentenças e, por último, a fonte negocial, ligada ao poder que tem a vontade humana. De acordo com a doutrina de Miguel Reale, as fontes de direito “são sempre estruturas normativas que implicam a existência de decisão sobre seu conteúdo, ou seja, um poder de optar entre várias vias normativas possíveis”. Para o jurista, o problema essencial que se lhe põe é o estudo daquilo que foi processado e formalizado, isto é, positivado numa lei, num costume, numa sentença, ou num contrato que, em seu ver, são as quatro fontes por excelência do direito. Sobre a relação mútua entre validade e eficácia das fontes do direito, sem o que não se pode falar em positividade do direito, Miguel Reale (1994, p.1-15) admite que a fonte refere-se mais propriamente às condições de validade dos preceitos jurídicos postos por ela, ao passo que os modelos jurídicos, como conteúdo das fontes, representam a atualização ou projeção destas no espaço e no tempo social, no plano da eficácia, ou do procedimento. Nessa linha de entendimento, a fonte de direito implica no conjunto de pressupostos de validade que

1 Em seu livro *Teoria da Norma Jurídica*, Norberto Bobbio enfrenta a questão do caráter jurídico da norma e aduz que num sistema normativo busca-se salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias. Sua teoria do ordenamento jurídico constitui uma integração da teoria da norma jurídica. BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariane Bueno Sudatti. Ed. Edipro. Bauru: São Paulo. 2001, pp. 170-176.

2 Para Bobbio, as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si e a este contexto de normas é o que se costuma chamar de ordenamento. Acrescenta, ainda, que por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma. Para ele, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente. Podemos dizer que um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes nem certa norma nem a norma contraditória. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 134.

deve ser obedecido para que a produção de prescrições normativas seja considerada obrigatória e assim, se projete na vida social e conduza a momentos diversos das atividades da sociedade civil e do Estado.

2.1. Fontes do Direito Constitucional

A Constituição é a fonte máxima e suprema do direito constitucional nos países em que não pode ser modificada por lei ordinária, mas somente por processos especiais estabelecidos constitucionalmente. É a Constituição o instrumento das decisões políticas fundamentais da nação e nela se exprimem as normas jurídicas relativas à estrutura do Estado, à competência de seus órgãos, seus fins essenciais, os limites de sua atuação e os direitos e deveres dos cidadãos. A Constituição não contém – nem pode conter – todas as normas, todas as regras e todos os princípios do direito constitucional e, por isso mesmo também, as leis ordinárias, os decretos, os regulamentos, as instruções estabelecem normas novas, não contidas na Constituição, o que revela, de modo imediato, uma parte do direito constitucional.

Mas se a Constituição é lei fundamental e suprema, leis, decretos e regulamentos devem com ela conformar-se, isto é, não poderão contrariá-la, nem explícita nem implicitamente. Só a Constituição não conhece norma jurídica que lhe seja superior. Daí dizer-se que Constituição é uma forma de produção originária do direito, pois que nela se estabelecem as normas fundamentais de um sistema jurídico e se encontra seu nascimento, sem apoio em qualquer norma positiva prévia. Todas as demais normas constituem produção jurídica derivada, pois vão buscar fundamento, ou seja, título de validade na Constituição, nos poderes nas competências por ela estabelecidos. Assim, leis, decretos, sentenças, atos administrativos, tratados, contratos e atos jurídicos praticados pelos particulares, tudo encontra fundamentos e títulos de validade na Constituição formal.

2.1.1. Espécies Normativo-Jurídicas de Fontes de Direito

Na doutrina de Miguel Reale (1994, p.22-25), já citada anteriormente, existem as seguintes espécies normativo-jurídicas: a legal, a consuetudinária, a jurisdicional e a negocial. Relevante para este trabalho destacar a importância dos costumes como fontes do direito do trabalho, por serem fontes dos direitos sociais e, nesse sentido, destaco os ensinamentos de Arnaldo Sussekind, que leciona que o costume tem lugar de relevância nas relações de trabalho e caracteriza-se pelo comportamento do grupo social a respeito de determinadas situações, por tempo suficiente para ingressar no mundo jurídico e pode ser invocado como regra jurídica reguladora de situações não contempladas por outras fontes formais de direito; para contemplar disposições legais convencionais e contratuais, quando compatível com a mesma; como fonte material de lei, convenção coletiva, sentença

normativa, laudo arbitral ou regulamento de empresa, na regulamentação das condições de trabalho (SUSSEKIND, 2002, p.125). Registre-se que com os contratos coletivos de trabalho e os regulamentos das empresas, antes de reconhecidos pelos sistemas legais de quase todos os países, eram considerados como direito consuetudinário. Hodiernamente se verifica um declínio na aplicação dos costumes nascidos na prática das atividades profissionais, porque suas manifestações vêm sendo formuladas por leis, convenções coletivas e regulamentos de empresa.

E, também, o poder negocial, mais especificamente, o contrato é, para Miguel Reale, fontes de norma jurídica, ainda que com eficácia restrita aos participantes da relação jurídica que leva em consideração que o contrato tem força de lei entre as partes. Na visão de Reale há as seguintes características: a) manifestação de vontade de pessoas legitimadas a fazê-lo; b) forma de querer que não contrarie a exigida em lei e objeto lícito e possível; c) paridade entre os partícipes ou pelo menos uma devida proporção entre eles. Disso resulta o que se chama negócio jurídico, que consiste numa auto-regulamentação dos interesses particulares pelo ordenamento jurídico, oriundo da autonomia privada das partes contratantes (REALE, 1994, p.131).

Na atualidade, com maior ênfase no Estado Democrático de Direito, é cada vez mais reveladora a atuação do Direito através dos negócios jurídicos particulares e também coletivos, colocando à margem, na maioria das vezes, as fórmulas estatizantes do mundo jurídico, seja no campo nacional ou internacional. Exemplo dessa espécie de “revolução” na aplicação do Direito, a Constituição Brasileira de 1988 consagra, como fundamentos da ordem econômica, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, a negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores restando superada a assertiva de que o negócio jurídico só existe porque assim dispõe a lei, dando lugar ao seu nascimento como modelo jurídico autêntico e despreendido dos impedimentos e dificuldades criadas pelo legislador ordinário, que não tem poderes para suprimi-lo do mundo jurídico, mas tão-apesar para regulá-los na medida dos imperativos da livre existência das múltiplas vontades autônomas concorrentes.

2.2. Fontes do Direito Previdenciário

Consideram-se fontes constitucionais do direito previdenciário as fontes filosóficas que se transformam em direito positivo. No direito brasileiro, pela definição do artigo 193 da Constituição, há a seguinte expressão: “A ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social”. A incumbência desse conjunto de princípios e normas é a de conduzir a sociedade ao estágio de bem-estar e justiça sociais sob o primado do trabalho. A expressão *primado do trabalho* foi utilizada nos tempos

modernos pelo Papa João Paulo II, na célebre encíclica *Laborem Exercens*, de 1979. Essa encíclica define o trabalho como chave da questão social, seu componente essencial.

A fonte de direito previdenciário brasileiro, estampada no texto do artigo 193 da Constituição de outubro de 1988, serve também como critério de interpretação de nossa disciplina. As normas do direito previdenciário objetivam concretizar o estágio do bem-estar e da justiça sociais. De outra parte, pode-se entender a expressão fonte em duplo sentido: o formal e o material(BALERA, 2003, p. 24)³.

2.2.1. A Constituição como Fonte do Direito previdenciário

A primeira fonte formal do direito previdenciário é a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, que contém inúmeros dispositivos em matéria previdenciária que começa pelo artigo 6º ao definir os direitos sociais. Nesse artigo, são direitos sociais, a saúde, a previdência e a assistência social.

De outra parte, o artigo 7º da Carta Magna estabelece, em diversos dispositivos, alguns dos direitos previdenciários. Citam-se, ilustrativamente, os seguintes: inciso II, que confere direito ao seguro-desemprego; inciso VIII, que concede o direito ao 13º salário para os aposentados e pensionistas; inciso XII, que outorga o salário-família aos dependentes dos trabalhadores de baixa renda; e incisos XVIII, XXV e XXVIII, salário maternidade, auxílio-creche e auxílio pré-escolar e seguro contra acidente do trabalho, respectivamente, dentre outros. O artigo 10 da Constituição Federal atribui aos trabalhadores e empregadores a gestão do sistema. E o sistema deve, por definição constitucional, ser administrado tanto pelo Estado como pelos trabalhadores e empresários. Ademais, o artigo 195 combinado com o artigo 149, parágrafo único, da Constituição, estabelecem as fontes de financiamento do sistema de seguridade social. Toda a matéria de que tratam os artigos 194 e seguintes até o artigo 204 da Constituição são fontes constitucionais do direito previdenciário. É particularmente importante citar o artigo 194 e seu parágrafo único, que definem os princípios norteadores da Seguridade Social.⁴

3 Do ponto de vista formal, as fontes são os atos normativos que inovam na ordem jurídica e criam o direito. Fontes materiais também chamadas de fontes reais são os acontecimentos da vida que, qualificados juridicamente, produzem efeitos de direito. Os fatos da vida são apreendidos pelo direito e geram o direito sobre esses fatos, que são as relações jurídicas. No direito positivo há uma rígida hierarquia entre as fontes, de tal sorte que existem normas mais importantes do que outras e que, por esse razão, prevalecem sobre as demais.

4 Constituição Federal (...) - Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade

A Constituição, portanto, é a primeira das fontes do direito previdenciário. A própria Magna Carta é que, na ordem normativa, estabelece as fontes legislativas, o seguinte: “O processo legislativo compreende a elaboração de emendas da Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções”.

3. Conceito de Negociação Coletiva

Segundo a Convenção nº 154, de 1981, aprovada na 67ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, entrou em vigor no plano internacional em 11.08.1983, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 22, de 12.05.1992, do Congresso Nacional, ratificada em 10.07.1992 e promulgada pelo Decreto n. 1.256, de 29.09.1994, com vigência nacional, a partir de 10.07.1993 define no art. 2º a expressão “negociação coletiva” como,

todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com fim de: a) fixar as condições de trabalho e emprego; b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez⁵.

Como se vê, a definição de OIT não se chega efetivamente a indicar o que seria negociação coletiva, no entanto, sua pretensão é limitar o campo da negociação coletiva no âmbito das relações de trabalho, do ponto de vista de seus sujeitos e de sua finalidade (BRITO FILHO, 200, p. 146). No conceito disposto no artigo supra da Convenção, do lado dos empregadores, os sujeitos são variados; pode ser um único empregador ou vários; pode ser uma organização de empregadores ou várias. Do lado dos trabalhadores, os sujeitos são mais restritos; limitam-se às organizações de trabalhadores, no singular ou no plural.

Sob o plano doutrinário, neste mesmo sentido, deve-se mencionar a definição de Alfredo J. Ruprechet (1995, p.265):

do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

- 5 Convenção nº 154, de 1981, aprovada na 67ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, entrou em vigor no plano internacional em 11.08.1983, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 22, de 12.05.1992, do Congresso Nacional, ratificada em 10.07.1992 e promulgada pelo Decreto n. 1.256, de 29.09.1994, com vigência nacional, a partir de 10.07.1993, art. 2º.

Negociação coletiva é o processo tendente à superação do conflito coletivo. Dela devem necessariamente participar o sindicato dos trabalhadores, salvo as negociações estiverem voltadas à celebração de acordo coletivo que, por definição prescinde da participação do sindicato patronal.

São duas as finalidades da negociação coletiva: 1) fixar condições individuais de trabalho e 2) estabelece as condições para o relacionamento entre aqueles que se engajam nas relações coletivas de trabalho. Nesse sentido, se entende que a expressão “negociação coletiva” disposta no art 2º da Convenção 154, da Organização Internacional do Trabalho, compreende todas as negociações que têm lugar entre um empregador, um grupo de empregadores, uma organização ou várias organizações de empregadores, de um lado, e uma organização ou várias organizações de trabalhadores, de outro lado, com o fim de: a) fixar as condições de trabalho e emprego; b) regular as relações entre empregadores ou trabalhadores; c) regular as relações entre empregadores ou suas organizações e uma organização ou várias organizações de trabalhadores, ou lograr todos esses fins concomitantemente.

Segundo José Carlos Arouca (2014, p.308),

a negociação pode frustrar-se e, muitas das vezes, ainda mais agora, quando se passa a admitir a flexibilização de direitos e às reivindicações dos trabalhadores os empregadores contrapõem as suas. Desse modo, tendo presente no nosso ordenamento jurídico, negociação coletiva é o procedimento de tratativas entre um ou mais sindicatos de empregadores ou uma ou mais empresas com o propósito de conciliar o trabalho e o capital a partir das reivindicações de um ou outro destinadas a completar as relações de trabalho no âmbito das respectivas representações ou dos contratos de trabalho.

Desta forma, pode-sesistematizar os conceitos acima descritos com a ideia ampla de que a negociação coletiva consubstancia a principal manifestação auto-compositiva de solução dos conflitos pelo consenso e autonomia das partes conflitantes, cujos principais meios de exteriorização são a convenção e o acordo coletivo de trabalho.

3.1. *Acordos e Convenções Coletivas do Trabalho*

As Convenções Coletivas de Trabalho e os Acordos Coletivos de Trabalho⁶ são, indubitavelmente, as mais importantes fontes imperativas de produção coletiva autônoma, profissional, consoante divisão proposta por Gomes e Gottschalk (2000, p. 33 e ss), do

6 Os acordos coletivos de trabalho foram inseridos no ordenamento jurídico brasileiro a partir do advento do Decreto-lei n. 229, de 28 de fevereiro de 1967, que incluiu o § 1º ao artigo 611 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Direito do Trabalho, prestando-se como instrumentos de consagração do denominado pluralismo jurídico, identificado por Amauri Mascaro Nascimento (2000, p.130-133) como “princípio fundante dos ordenamentos sociais”, expresso na “teoria do direito social”. Com o propósito de encontrar solução satisfatória para os problemas então decorrentes de dois ramos do Direito, o Direito do Trabalho e o Direito Internacional, Gurvitch (1931, p.130), um dos fundadores da teoria do direito social, já em 1931, numa de suas obras clássicas, sustentava a necessidade, para ele indispensável, de “fundamental revisão da teorias fontes do direito positivo”, argumentando que “o estado atual do Direito do Trabalho é caracterizado, antes de mais nada, pelo papel crescente do direito extra-estatal e inoficial que emana dos grupos espontâneos de interessados e os seus acordos”.

Primeiramente, no que se refere à denominação dada a esta fonte formal de Direito do Trabalho não existe uniformidade, tendo, inclusive, o Brasil adotado mais de uma denominação. Na Constituição de 1934 foi adotada a denominação convenção que, posteriormente, passou para contrato coletivo na Constituição de 1937, por se inspirar no modelo fascista italiano e retornou para convenção através da Constituição de 1946.

A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, inciso XXV, adotou a denominação convenção coletiva, como já figurava na Consolidação das Leis do Trabalho, desde o advento do Decreto-lei nº 229, de 1967. O referido decreto-lei modificou o texto consolidado primitivo e alterou a expressão “contrato coletivo de trabalho” por “convenção coletiva de trabalho”, tal como hodiernamente vigora o artigo 611, que disciplinou uma nova fórmula compositiva: o “acordo coletivo de trabalho”. Além disso, alterou a expressão estipulam condições que regerão as relações individuais de trabalho, no âmbito da respectiva representação” por “estipulam condições de trabalho aplicáveis no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

Neste diapasão, pode-se concluir que a convenção e contrato coletivo têm, efetivamente, o mesmo sentido e significado. De qualquer modo, contrato ou convenção coletiva, segundo Orlando Gomes (GOMES, GOTTSCHALK, (2000, p.585-586) “(...) foi a instituição que, pela primeira vez, permitiu aos trabalhadores influir, real e positivamente, na determinação das condições de trabalho.”

3.1.1. Conceito de Convenção e Acordo Coletivo

Existem diversas formas de definir o ajuste firmado entre empregados e empregadores no plano coletivo. A Organização Internacional do Trabalho, por meio da Recomendação nº 91, de 1951, definiu o contrato coletivo como:

todo contrato escrito relativo às condições de trabalho e emprego, celebrado entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma ou várias organizações de empregadores, por uma parte e, por outra, uma ou

várias organizações representativas de trabalhadores ou, na ausência de tais organizações, representantes dos trabalhadores interessados, devidamente eleitos e autorizados por esses últimos, de acordo com a legislação nacional.

No Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, as convenções e os acordos coletivos de trabalho passaram a ser expressamente garantidos no artigo 7º, inciso XXVI. No entanto, foi através do seu artigo 1º, do Decreto-lei nº 21.761, de 23 de agosto de 1932, norma precursora, que a convenção coletiva de trabalho foi conceituada e regulamentada – ressalva-se que a Lei nº 19.770/1931 previa a celebração de convenções ou contratos de trabalho, sem, contudo, conceituá-los – e cuja denominação somente foi adotada pela Consolidação das Leis do Trabalho, a partir de 1967, com o advento do Decreto-lei nº 229. Neste sentido, o legislador instituiu avanços no Direito Coletivo e introduziu três modificações significativas: a) concedeu eficácia *erga omnes* a todos os integrantes das categorias envolvidas, independentemente de decisão pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio; b) possibilitou a formalização de pacto coletivo no plano de empresas (“acordo coletivo”); c) deixou claro que as normas convencionais concorrem, paralelamente, com outras fontes formais do Direito, notadamente a autonomia privada dos contratantes.

Na acepção legal, convenção coletiva de trabalho, propriamente dita, é o instrumento celebrado entre os sindicatos representativos das categorias profissionais e econômicas, ou seja, é o diploma negocial de natureza intersindical. O acordo coletivo de trabalho é o meio negociado entre os sindicatos representativos das categorias profissionais e uma ou mais empresas da correspondente categoria economia, ou seja, de menor abrangência.

Amauri Mascaro Nascimento (2003, p.1178) entende que a distinção entre os dois níveis de negociação coletiva está relacionada ao “âmbito de aplicação”, pois as convenções coletivas de trabalho emergem aplicáveis a todos os empregadores e a todos os empregados integrantes das categorias envolvidas, sejam associadas ou não, enquanto os acordos coletivos resultam em campo de aplicação menor, eis que restritos a uma ou mais empresas que participaram da negociação. Por fim, Segadas Vianna (VIANNA, SUSSEKIND, MARANHÃO, TEIXEIRA, 2005, vol. II, p.164), com base na legislação brasileira, define convenção coletiva de trabalho como “um ato legislativo elaborado por entidades sindicais e por via convencional, visando a regular e estipular as condições para as relações individuais de trabalho”.

3.1.2. Vigência, Validade e Eficácia dos Contratos Coletivos do Trabalho e Previdenciários

A vigência “revela a qualidade, ou o estado do que está em vigor, permanece efetivo, exerce toda sua força, ou se encontra em plena eficácia, ou efeito.” HUECK, NIPPERDEY,

1963, p. 302-315). No que se refere à concepção formal da vigência, a problemática se revela no tempo de atuação e existência jurídica da norma, cuja qualidade a torna de observância obrigatória, ou seja, vigência é o atributo que determina o tempo em que a norma começará a vigor e, portanto, poderá ser exigível.

Miguel Reale (1987, p.78) não reduz o problema da vigência à mera concepção normativista, no seu entender, caracterizada pela legitimidade e competência pelo órgão emanador da regra; pela compatibilidade hierárquica com as normas subordinantes ou não; pela obediência a trâmites e procedimentos previstos no ordenamento jurídico em que se pretende inserir – mas, ao revés, exalta as exigências axiológicas que determinaram o aparecimento da regra jurídica, bem como as condições fáticas suscetíveis de viabilizar sua eficácia social. Assim, Reale busca correlacionar o “fundamento” com a “vigência” e a “vigência” com a “eficácia”.

Para a legislação brasileira, a duração dos contratos coletivos de trabalho é estabelecida no art. 614, §3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que prescreve: “Não será permitido estipular duração de Convenção ou Acordo superior a 2 (dois) anos”. Logo, a única modalidade de contrato coletivo de trabalho admitida, de acordo com a sua duração, é a contratação por prazo determinado, com limitação temporal máxima, ao contrário de outros países que, de acordo com Magano, admitem “que a convenção se celebre por prazo determinado como por prazo indeterminado (MAGANO, 1990, p. 34).

Dessa forma, devem as partes estabelecer sempre nos contratos coletivos a cláusula de duração com fixação de período máximo de dois anos para sua vigência, em virtude do preceito do art. 614, §3º da Consolidação das Leis do Trabalho, sob pena de nulidade, conforme art. 613 da CLT. Contudo, nada impede que as partes pactuem a retroatividade de seus efeitos ou a prorrogação de seu vencimento. Neste sentido, entende José Claudio Monteiro de Brito Filho (2007, p. 55), que o ajuste fixando prazo de duração superior a dois anos, não será nulo, apenas deverá ser adequado à imposição legal, tendo a duração limitada ao prazo máximo estabelecido em lei. Contrariamente, entende Mônica Sette Lopes (1998, p.192) que “a disposição legal sobre a duração máxima do contrato coletivo tem natureza supletiva, só sendo aplicada em inexistência de disposição convencional a respeito, pelo que as partes poderiam ajustar prazo superior ao estabelecido na lei.” Também a jurisprudência consolidada entende que é inválida a cláusula naquilo que ultrapassa o prazo total de dois anos e o instrumento coletivo originário por prazo indeterminado.

Entretanto, existem decisões da 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho nos Processos nºs. RR 1205/2002-043-12-40 (DJ 27.10.2006) e RR-1248/02-043-12-00.0 (DJ 31.10.2007), que entenderam que não é prejudicial ao empregado um acordo coletivo ser fixado com prazo superior a dois anos, inclusive porque não há restrição no texto constitucional. As referidas decisões praticamente reinterpretam a Orientação Jurisprudencial nº. 322, da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho, não obstante essa Orientação

dispor expressamente que é de dois anos o prazo máximo para a vigência de contratos coletivos de trabalho. O argumento utilizado para reinterpretar a Orientação é de que se assenta esta em precedentes em que houve prorrogação por tempo indeterminado, com prejuízo para os trabalhadores, ou seja, fundado na regra da norma mais favorável.

Ainda sobre a duração, observa-se que inexistente vedação legal ao estabelecimento de duração diferenciada para determinadas cláusulas, ou seja, não é vedado que parte das cláusulas do acordo tenha uma duração e o restante do instrumento outra, como, por exemplo, pode-se estipular convenção com duração de dois anos, salvo em relação às cláusulas relativas a salário e remuneração, que podem ter outra duração, qual seja, um ano.

Em relação à vigência, o artigo 614, §1º da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que os contratos coletivos de trabalho entram em vigor 3 (três) dias após a data de sua entrega para fins de registro e arquivamento. Logo, muito embora possa ser afirmado que somente será exigido o cumprimento de norma prevista no contrato coletivo passados três dias do pedido de registro, não significa que as partes não possam fixar outra data para a entrada em vigor, posterior a três dias, ou até anterior. Porém, destaca-se que o prazo legal é para a exigibilidade, não para a data de produção de efeitos, assim, se for concedido, por exemplo, um reajuste salarial, este será devido a partir da data acordada pelas partes, no entanto, somente poderá ser cobrado do empregador a partir da entrada em vigor do contrato coletivo de trabalho. Por fim, conforme entendimento do Tribunal Superior do Trabalho não poderá ocorrer, todavia, a entrada em vigor com efeito retroativo que venha em prejuízo dos trabalhadores, sob pena de ferir direito adquirido, *in verbis*:

RECURSO DE REVISTA - TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO - ACORDO COLETIVO - CLÁUSULA QUE DISPÕE SOBRE SITUAÇÃO PRETÉRITA JÁ CONSUMADA NO TEMPO - INEFICÁCIA. As convenções e acordos coletivos são instrumentos normativos autônomos, resultantes de negociação coletiva, por meio da qual se celebra um pacto de vontade com vigência limitada no tempo, cujas cláusulas vigoram pelo período respectivo, de modo que, apenas no período de vigência do acordo coletivo, prevalece a jornada de trabalho em regime de turnos ininterruptos de revezamento superior àquela estabelecida no art. 7º, XIV, da Constituição Federal. No mesmo diapasão, cláusula dispondo sobre situação já consumada no tempo, visando emprestar validade formal ao regime de turnos ininterruptos com efeitos pretéritos, esbarra, quanto à eficácia, no que se contém do art. 614, § 3º da CLT, art. 6º da LICC e art. 5º, inciso XXXVI da CF/88.⁷

7 TST – 1ª Turma, Processo n. RR 701010/2000, julgamento em 1º.11.2006, Relator Ministro Vieira de Mello Filho, DJ 17.11.2006.

Quanto à validade, pode se dizer que em sentido amplo, a validade da norma pode ser classificada em validade constitucional, formal e material. A validade constitucional indica que a norma foi elaborada conforme os preceitos constitucionais. A validade formal exprime seu regramento com a observância dos procedimentos legais. Já a validade material situa-se no âmbito da matéria objeto de elaboração. Do ponto de vista legal, validade e vigência podem coincidir, pois significa que durante o prazo de validade a norma é vigente. Entretanto, nada impede que uma norma formalmente válida tenha sua vigência postergada por sua fonte instituidora, conforme preconiza o caput do artigo 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ou uma norma vigente cuja validade está sendo questionada, por suposta desconformidade com as regras impostas pelo sistema para sua produção (GONÇALVES, 2008, p.88).

No entanto, forçosa é a distinção entre a validade que diz respeito à conformação da norma elaborada às regras do sistema e a vigência, ao revés, refere-se ao tempo de duração da norma. Assim, não se pode negar que uma norma válida e vigente se reveste de aptidão para produzir efeitos (eficácia). Entretanto, segundo a mesma deve haver possibilidade de uma norma revogada e, portanto, inválida e não mais vigente, produzir efeitos jurídicos vinculantes, transcendendo aos limites formais e temporais, sendo este fenômeno denominado de “ultratividade” da norma.

Sobre este tema havia entendimento tradicional firmado pela jurisprudência trabalhista durante mais de três décadas e apoiado por grande parte da doutrina que aduzia que a eficácia jurídica dos contratos coletivos de trabalho estava limitada ao prazo de sua vigência, logo os direitos e obrigações normativas não se integrariam, como direitos adquiridos, aos contratos de trabalho (ZANGRANO, p.621). A justificativa deste entendimento era de que as condições de trabalho são naturalmente mutáveis, logo os negócios jurídicos normativos que as regulamentam devem estar sempre marcados pela *modificabilidade*. Em razão disso, este entendia que seria extremamente prejudicial que as normas coletivas se “petrificassem”, como direitos adquiridos.

No âmbito do direito espanhol, o Estatuto dos Trabalhadores prevê a cessação dos efeitos das cláusulas obrigacionais ao término da vigência da convenção. No entanto, quanto às cláusulas normativas, inexistente prorrogação automática, ao termo final da convenção, matéria a ser regulada pelo próprio diploma negocial. Graciela Giuzio, ao abordar a questão da ultratividade em seu país, Uruguai, onde não existe norma legal alguma que regule esta matéria, concluiu pela continuidade da aplicação das cláusulas normativas, mesmo após a extinção do contrato coletivo, inclusive para os trabalhadores admitidos após dita extinção, o explicaria pelo princípio da igualdade e pela transformação do conteúdo do contrato em usos e práticas profissionais (RODRIGUEZ, 2000, p.110).

No Brasil não há legislativamente o fenômeno da ultratividade. Isso ocorreu após a época que prevaleceu a ultratividade em virtude do artigo 1º, §1º da Lei nº 8.542/92, lei

esta revogada pelo artigo 18, da Medida Provisória nº. 1.079, de 28.7.95, sucessivamente reeditada. Destaca-se que, em 02 de julho de 1998, o Ministro Marco Aurélio, do Superior Tribunal Federal, concedeu liminar na ADIn n. 1.849-0-DF, que suspendeu a eficácia do artigo 19, da Medida Provisória n. 1.620, de 10 de julho de 1998, que substituíra o artigo 18 da MP n. 1.079/95, que consagrava provisoriamente a ultratividade.

No entanto, o governo não aceitou o entendimento do STF – Supremo Tribunal Federal, e transformou a MP – Medida Provisória n. 2.074/73 na Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001. O artigo 18 dessa lei revogou o artigo 1º, §1º da Lei nº 8.542/92. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho vinha até 2012 rechaçando a ultratividade, conforme se verifica pelo acórdão abaixo:

RECURSO DE REVISTA. NORMAS COLETIVAS. ULTRATIVIDADE. ARTIGO. 1º DA LEI Nº 8.542/92. Com a revogação do comando legal insculpido no § 1º do artigo 1º da Lei nº 8.542/92 - o qual expressamente previa que as cláusulas dos acordos, contratos e convenções coletivas de trabalho integravam os contratos individuais de trabalho e somente poderiam ser reduzidas ou suprimidas em posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho - a partir de julho de 1995, com a edição da Medida Provisória nº 1.079 e suas sucessivas reedições, as quais culminaram com o advento da Lei nº 10.192, de 14/02/2001, inexistiu respaldo legal para o reconhecimento da ultratividade da norma convencional. Inteligência da Súmula nº 277 do TST. (Processo nº. TST-RR- 705035-56.2000.5.05.5555, Relator Juiz Convocado: Luiz Antonio Lazarim, Data de Julgamento: 04/10/2006, 6ª Turma, Data de Publicação: DJ 20/10/2006).

Esse rechaço se dava porque de acordo com o artigo 614, §3º da Consolidação das Leis do Trabalho, as normas coletivas de trabalho devem ter vigência limitada a, no máximo, 2 anos, tendo inclusive jurisprudência trabalhista consolidada, OJ SBDI-1 n. 332, o que não admite vigência indeterminada das referidas convenções. No entanto, o Tribunal Superior do Trabalho, contradizendo sua própria jurisprudência consolidada, em 14 de setembro de 2012, durante a realização da 2ª Semana do TST, reformou completamente a Súmula n. 277 de sua jurisprudência consolidada, embora sem qualquer precedente, admitindo uma “ultratividade geral por tempo indeterminado” das normas coletivas de trabalho, que passou a ser redigida da seguinte forma:

CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

Carlos Zangrando (2013, p.622) defende que se está diante de um vetusto entendimento que lança o Direito Coletivo do Trabalho de volta ao comodismo das décadas

anteriores a promulgação da Constituição da República de 1988 e que contribuiu, negativamente, para a melhoria das relações trabalhistas no país. A afirmação do referido autor se dá porque com a promulgação da Constituição de 1988 as convenções e os acordos coletivos de trabalho passaram a ser reconhecidos como fontes formais de direitos e obrigações, de acordo com artigo 7º, inciso XXVI. Outrossim, para o referido autor, quando o Tribunal Superior do Trabalho entende pela ultratividade geral e indeterminada das normas coletivas de trabalho, em especial das cláusulas normativas, uma vez que as cláusulas econômicas normalmente se exaurem com sua aplicação, estaria retrocedendo o Direito Coletivo de Trabalho de volta a imobilidade, inércia e “uniformidade”, sendo, inclusive, desfavorável ao trabalhador que não terá direito à alteração de benefícios bem como à implantação de novos benefícios será retraída, pois as empresas terão receio de ter custos acima do planejado.

Sobre a alteração da redação realizada pelo Tribunal Superior do Trabalho na Súmula n. 277, há, ainda, a questão jurídica da validade e da eficácia dessa alteração sumular, pois ao rever, cancelar ou alterar uma súmula de jurisprudência uniforme, é necessário seguir os trâmites previstos no artigo 168 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho e é necessária sua aprovação pelo Tribunal Pleno (artigo 62, RITST). Ocorre que, no caso desta súmula, não foram indicados precedentes necessários para a alteração. Além disso, de acordo com o artigo 614, §3º da Consolidação das Leis do Trabalho, há ordem expressa que a eficácia temporária de acordos e convenções coletivas de trabalho somente poderia ser admitida mediante lei que assim determinasse. Logo, no presente caso, a orientação jurisprudencial padece de suporte positivo, retirando-lhe, assim, toda a eficácia, pois não observou nenhuma das exigências previstas.

Entretanto, mesmo que não tenham sido observadas as exigências previstas na Consolidação das Leis do Trabalho e no Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, retirando, assim, a eficácia da jurisprudência do TST, a doutrina entende que há uma hipótese de ultratividade da norma coletiva de trabalho, quando trouxer vantagem, ou direito individual adquirido. Nesse caso, a denominada ultratividade excepcional da cláusula normativa do negócio coletivo vigorará mesmo depois de expirado seu prazo de vigência, conforme previsão da OJ SBDI-1 n. 41, *in verbis*,

OJ SBDI-1 n. 41. ESTABILIDADE. INSTRUMENTO NORMATIVO. VIGÊNCIA. EFICÁCIA. Preenchidos todos os pressupostos para a aquisição de estabilidade decorrente de acidente ou doença profissional, ainda durante a vigência do instrumento normativo, goza o empregado de estabilidade mesmo após o término da vigência deste.

Neste diapasão, pode-se afirmar que embora a nova redação da Súmula n. 277 seja juridicamente incapaz, pois não obedeceu ao Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho. Quanto à alteração da súmula, excepcionalmente, há ultratividade na eficácia

das normas coletivas de trabalho quando esta trazer vantagens ou direito individual adquirido ao trabalhador.

3.1.3. Princípios que Norteiam os Acordos e as Convenções Coletivas do Trabalho e Previdenciários

Quando o intérprete ou aplicador da lei estiver diante de mais de uma norma jurídica, autônoma ou heterônoma, ainda que de diferentes hierarquias, aplicáveis a um ou mais fatos ocorridos numa relação laboral, dever-se-á escolher a que conceda maior favorabilidade ao empregado, sob os aspectos qualitativos ou quantitativos. O artigo 619 da Consolidação das Leis do Trabalho consagra este princípio preceituando que nenhuma disposição de contrato individual de trabalho que contrarie normas de convenção ou acordo coletivo de trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito. Além disso, o artigo 620 da CLT (Consolidação das leis do trabalho) prevê que as condições estabelecidas em convenção quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo (ZANGRANO, 2013, p. 295).

O princípio da norma mais favorável encontra-se claramente demonstrado na Constituição de 1988, através de dois dispositivos: o primeiro encontra-se nos “Direitos Sociais”, inserido no Capítulo II do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), que dispõe que as diversas vantagens e proteções trabalhistas arroladas no art. 7º constitucional são “(...) direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (...)”. O segundo encontra-se no Capítulo I do mesmo Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), fixado no §2º do artigo 5º, que prevê que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Registre-se ainda que, embora exista hierarquia nas fontes do direito do trabalho, esta é flexível, sendo atraída sempre para a norma mais benéfica ao trabalhador. No direito do trabalho não há rigidez hierárquica absoluta, visto que sempre que houver duas ou mais fontes distintas, deverá ser aplicada a que mais beneficia o trabalhador, na maior amplitude possível. Neste sentido, leciona Amauri Mascaro Nascimento (2009, p.89) que “na pirâmide normativa da hierarquia das normas jurídicas trabalhistas o vértice aponta para a norma que assegurar a melhor condição para o trabalhador, segundo uma dinâmica que não coincide com a distribuição estática de leis em graus de hierarquia, do direito comum”.

O princípio da dignidade humana, nos dias atuais, é considerado “o epicentro de todo o ordenamento jurídico”(DELGADO,2013, p.154), visto que foi alçado a núcleo dos sistemas constitucionais mais democráticos. A Declaração Universal dos Direitos do

Homem, de 10.12.1948, foi uma das pioneiras referências a tratar do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesta declaração trazia a dignidade da pessoa humana “como base da liberdade, da justiça e da paz.No Brasil, a primeira Constituição a mencionar o tema foi a de 1946. Entretanto, à dignidade somente foi relacionada ao trabalho e de modo restrito: “A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna(...)”, dispunha o artigo 145, parágrafo único. Além disso, esta não continha status de fundamento ou princípio à dignidade humana na ordem juspolítica e social do país.

As Constituições de 1967 e 1969 mantiveram a menção à dignidade da pessoa humana, limitada à área de trabalho. Somente com a Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana alcançou de fato o status de núcleo do sistema constitucional do país e de núcleo de seu sistema jurídico, político e social. Assim, a dignidade passou a ser não só princípio, mas também princípio fundamental de todo o sistema jurídico.

No artigo 1º da Constituição de 1988, parte que trata dos “princípios fundamentais”, foi estabelecido que 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”. Já no artigo 3º, está insculpido que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”, ou seja, este traz os três requisitos essenciais de garantia da dignidade da pessoa humana.

Além desses, ao tratar da “Ordem Econômica e Financeira” a Constituição de 1988 também se reportou à dignidade da pessoa humana no artigo 170, ao estabelecer que “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 (...)”. A carta constitucional, ao tratar da “Ordem Social” firmou uma das dimensões essenciais da dignidade da pessoa humana, sua dimensão social: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.Logo, pode-se concluir que a Constituição de 1988, incorporou o princípio da dignidade da pessoa humana em seu núcleo, conferiu-lhe status multifuncional, assegurou-lhe abrangência a toda a ordem jurídica a todas as relações sociais e garantiu-lhe amplitude de conceito, de modo a ultrapassar sua visão estritamente individualista em favor de uma dimensão social comunitária de afirmação da dignidade humana..

O princípio da vedação do retrocesso indica que a ordem jurídica encontra-se obstada a criar ou ratificar normas e institutos que concretizem ou instiguem a piora ou degradação do patamar civilizatório atingido, em certo momento histórico, pelas condições sociais caracterizadoras de certa sociedade e Estado, ou seja, há através desse princípio uma proibição a criação ou ratificação de normas jurídicas que propiciem o retrocesso social em determinada sociedade civil e sociedade política. O princípio da vedação do retrocesso social influencia muito na estruturação e no desenvolvimento do ramo do Direito

do Trabalho, em virtude desse ramo jurídico especializado consistir em um dos principais instrumentos existentes de elevação das condições de contratação e regência da força de trabalho no sistema capitalista (DELGADO, 2013, p.184).

A ideia da proibição do retrocesso está ligada ao pensamento do Canotilho (1998, p.734), que estabelece as tarefas de ação futura do Estado e à sociedade com a finalidade de dar maior alcance aos direitos sociais e diminuir as desigualdades. Em razão disso tanto a legislação como as decisões judiciais não podem abandonar os avanços que se deram ao longo desse anos de aplicação do direito constitucional com a finalidade de concretizar os direitos fundamentais. Nesse sentido, para Canotilho,

se fala também de cláusulas de proibição de evolução reacionária ou de retrocesso social (ex. consagrados legalmente as prestações de assistência social, o legislador não pode eliminá-las posteriormente sem alternativas ou compensações, reconhecido, através de lei o subsídio de desemprego como dimensão do direito do trabalho, não pode o legislador extinguir este direito, violando o núcleo essencial do direito social.

Segundo Mauricio Godinho Delgado (2013, p. 186) este princípio poderia compreender a diretriz de maneira mais ampla, a fim de abranger inúmeras dimensões, ou seja, não somente a social, mas também a política, a econômica e até mesmo a dimensão cultural. No entanto, o alargamento deste conceito produziria um enfraquecimento do princípio, pois se tornaria tão abrangente que deflagraria avassaladoramente resistência à sua própria validade científica, por ser inviável, do ponto de vista prático, a não ocorrência, em sucessivos momentos históricos, de algum refluxo na economia, na cultura, nas instituições políticas etc. Esse princípio tem fundo no Direito Internacional do Trabalho, lá demarcando sua presença antes de ingressar no ordenamento jurídico brasileiro, visto que somente ingressou no Brasil com a promulgação da Constituição de 1988.

No que se refere ao plano de origem existencial, o princípio baseia-se em dois fundamentos principais: a circunstância de terem natureza de direitos humanos os direitos sociais trabalhistas, ao lado da própria estrutura histórica, conceitual, lógica e teleológica da Organização Internacional do Trabalho, como órgão e instrumento de afirmação e aperfeiçoamento dos direitos sociais trabalhistas. Quanto ao primeiro fundamento, leciona Daniela Muradas Reis (2010, p.185): (...) as condições mínimas de trabalho firmadas no plano internacional inserem-se no quadro das prerrogativas da pessoa humana por força de sua dignidade própria, integrando o rol dos direitos humanos, em sua dimensão econômica e social. Assim, em razão dessa qualidade especial incidiria uma *“reserva implícita ao retrocesso no tocante à proteção ao trabalho”* no contexto do Direito Internacional do Trabalho e seus diplomas normativos integrantes. Quanto ao segundo fundamento, também explicita Daniela Muradas Reis (2010, p.186) que, no plano das normas jurídicas trabalhistas,

essa reserva implícita presente nas convenções internacionais de trabalho derivaria ainda da própria justificativa histórica de existência da Organização Internacional do Trabalho”, em virtude de esta instituição ser voltada estruturalmente para a busca da “(...) melhoria das legislações nacionais, com fixação de condições de trabalho mínimas aplicáveis aos trabalhadores.

Na Constituição de 1988, o presente princípio encontra-se implícito a diversas diretrizes constitucionais convergentes, tais como os princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e do emprego, do bem-estar e das justiças sociais, da subordinação da propriedade à sua função socioambiental. Todavia, no artigo 5º, §2º da Constituição de 1988 encontra-se expresso que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes “(...) dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Diante o exposto, a Constituição evidencia que as diretrizes combinadas de não retrocesso, progressividade e da norma mais favorável, se destacam como firmemente próprias à seara dos direitos humanos, inclusive os direitos trabalhistas.

4. O Sistema Jurídico de Previdência Social

A Constituição Federal de 1988, após longa trajetória histórica, consagrou o direito à seguridade social como um direito fundamental que visa a contribuir para a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, dentro dos padrões que determinam a dignidade humana, assegurando a distribuição de renda e a promoção da justiça social.

A realização do bem comum é a própria efetivação do ideal de justiça social, com a materialização naquela lei relativa a situações jurídicas específicas. O bem comum, no entanto, só se realiza num Estado Democrático de Direito na proporção em que se respeitem, dentre outros, os princípios fundamentais da segurança jurídica, da certeza jurídica, da irretroatividade das leis, do direito adquirido e do efeito imediato das leis, para cuja concretização otimizada é necessária à aplicação do princípio da proporcionalidade pelo poder público. Acresçam-se os ensinamentos do professor Wagner Balera (2009, p. 137) que assevera,

no ambiente da justiça social, no qual está garantida vida digna ao ser humano, o sistema atua como o organismo que identificando as necessidades de proteção dos seres humanos, trata de satisfazê-las com atuação sistêmica e coordenada de seus programas”. Acrescenta, ainda, que “o cumprimento do objetivo da universalidade da cobertura e do atendimento, cume dos princípios fundamentais da seguridade social (art. 194, parágrafo único, inciso I, da Constituição) com a consequente concretização da justiça social em nossa pátria, está inscrito na essência própria

do Estado Social de Direito, Estado que se organiza em função da pessoa e que quer conferir a todos uma existência digna.

4.1. *Seguridade Social: Conceito e Fundamento*

O professor Martins Fajardo (1985, p.11) considera a Seguridade Social, enquanto expressão jurídica, como um direito humano fundamental, pois é um sistema juridicamente organizado pelo Estado para o enfrentamento dos riscos sociais que promove a elevação dos níveis de bem-estar baseado em ações solidárias e justas entre uma coletividade.

Como expressão sociológica, a seguridade social organiza-se como um sistema que engloba princípios, valores e objetivos políticos, econômicos e sociais que estão atrelados à organização de direitos, prestações, financiamentos e gestão de proteção social, gerido, organizado pelo Estado, direta ou indiretamente, objetivando a cobertura de riscos ou contingências sociais que possam atingir os indivíduos.

Hodiernamente, é tarefa árdua definir com precisão o que é a seguridade social⁸. Além disso, não é possível se chegar a numa definição única que sirva para todos os ordenamentos jurídicos, pois são distintos os princípios políticos e jurídicos e as condições econômicas e sociais que determinam a eleição dentre os vários sistemas de seguridade. Segundo Venturi (1954, p. 273).

o caráter fundamental da Seguridade Social é a sua original questão ética, o princípio da obrigação universal de garantir a todo o ser humano a tutela contra as consequências danosas que derivam dos eventos da vida individual, familiar e coletiva.

Dupeyroux (1969, p.80) por seu turno, adota uma concepção comutativa, afirmando que:

a seguridade social aparece como o sistema de garantias de rendas logradas pelo exercício de determinada atividade profissional, existindo os riscos perfeitamente catalogados que se cobrem tradicionalmente. Em troca do trabalho que é realizado, o trabalhador adquire o direito de receber determinadas prestações.

8 Quanto à denominação “seguridade social”, ensina Celso Barroso Leite: “A expressão parece ter surgido nos Estados Unidos, com o ‘Social Security Act’ (Lei da Seguridade Social), de 1935; repetida logo após na lei neozelandesa sobre a mesma matéria, de 1938, ela firmou-se e conquistou aceitação internacional. Em seguida vieram *sécurité sociale* na França, *sicurezza sociale* na Itália, *seguridad social* na Espanha e América espanhola, *seguridade social* no Brasil (porém não em Portugal, onde o que se diz é ‘segurança social’). *Conceito de seguridade social*. BALERA, Wagner (Coordenador). *Curso de direito previdenciário, em homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira*. 5. ed. São Paulo: LTR, 2002, p. 16.

A seguridade social pode ser definida, a partir de duas concepções: a comutativa ou contributiva, que se baseia no exercício de atividade profissional e na contribuição de cada indivíduo e a distributiva, baseada no atendimento do indivíduo, a partir das suas necessidades vitais, independente de contribuição, levando em conta a existência de uma solidariedade entre os membros da mesma coletividade.⁹

O novo sistema de seguridade social - idealizado por William Beveridge na conceituada obra “O Plano Beveridge” (1943,p. 23-24) que defende a proteção “do berço ao túmulo”, foi baseado em três princípios essenciais: o da universalidade, da unidade e o da integridade. Sendo assim, a seguridade social deve atingir a totalidade dos indivíduos, cobrindo o maior número possível de riscos e de forma integral que possibilite o desenvolvimento da personalidade de cada ser humano, como membro da sociedade. Estes aspectos constituem a estrutura de uma organização simples, coerente e completa de defesa contra a miséria. Propõe-se manter todos os membros da coletividade acima do nível considerado como mínimo, em todas aquelas eventualidades que podem afetar a garantia ou a adaptação das rendas ao grupo familiar.

A seguridade social foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio vigente por meio da Constituição Federal de 1988 disciplinada no artigo 193, do Capítulo II, do Título VII (Da Ordem Social), que comanda: “*A ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.*” Este artigo é norteador de todo sistema protetivo social, que está intimamente ligado ao artigo 1º, inciso IV, da Carta Fundamental, cujo dispositivo enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil “os valores sociais do trabalho” que são, segundo o prof. Wagner Balera (2010, p.26), a “*chave interpretativa para toda seguridade social*”.

O artigo 194, caput, da vigente Constituição Federal, ao tratar, especificamente, da seguridade social, conceitua dispõe que:

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. O legislador constitucional previu, também, no parágrafo único, do art. 194, os princípios norteadores do sistema de seguridade social, quais sejam: universalidade da cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento; caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

9 Na concepção comutativa as pessoas só podem utilizar o sistema de seguridade social se estiverem contribuindo; já para a concepção distributiva os indivíduos têm o direito de utilizar o sistema de seguridade social por possuírem necessidades vitais.

A partir da leitura deste artigo pode-se afirmar que a seguridade social é um conjunto integrado de ações que não deve ser considerado isoladamente, pertencendo a um tronco comum as áreas da saúde, da previdência e da assistência social. Estas três áreas formam um conjunto, que por expressa disposição constitucional, deve ser integrado, sendo tais ações regidas pelos mesmos princípios inclusos no artigo 194, parágrafo único, da Carta Magna. O artigo 196 da Constituição Federal dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Neste sentido, todos devem gozar de boa saúde e ter acesso igualitário à assistência médica e hospitalar, se necessitar, independente de contribuição e filiação prévia. O sistema da saúde é regido pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços. Todos os indivíduos, independente de contribuição ou filiação prévia, têm direito à saúde.

O artigo 201 da Constituição Federal dispõe que “a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória”. Por conseguinte, qualquer pessoa poderá ter acesso às prestações previdenciárias, desde que se filie e contribua, por meio de seu salário, com exceção dos dependentes. Percebe-se que a previdência social possui duas características essenciais e distintas, quais sejam, a contributividade e a filiação prévia obrigatória. Também o art. 202, a partir da Emenda Constitucional n. 20/98, passou a regulamentar a previdência complementar, e por fim o artigo 203 e 204 da Constituição Federal tratam da assistência social. Dessa forma, o sistema de Seguridade Social deve atuar como um organismo que identifique e satisfaça as necessidades dos seres humanos devendo, juridicamente, realizar justiça social protegendo não só os trabalhadores, bem como a todos os indivíduos necessitados.

5. Os Direitos Previdenciários nos Acordos e Convenções Coletivas

A concretização e a formalização de instrumentos convencionais, convenção ou acordo coletivo do trabalho, reproduzem o resultado da negociação coletiva, fruto do consenso entre as partes, mediante concessões recíprocas, sempre fundadas na autonomia privada coletiva.

Vale destacar, ainda, que a seguridade social é definida na Constituição Federal, no artigo 194, caput, como um “conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. É, portanto, um sistema de proteção social que abrange os três programas sociais de maior relevância: a previdência social, a assistência social e a saúde. Ademais, a previdência social se preocupa, exclusivamente, com os trabalhadores e com os seus dependentes econômicos. É, ainda, desta espécie do gênero seguridade, a técnica de proteção social destinada a afastar necessidades sociais decorrentes de contingências

sociais¹⁰ que reduzem ou eliminam a capacidade de autosustento dos trabalhadores e/ou de seus dependentes.

Por último, é importante salientar, que em pesquisa feita por mim (FERRARO, Suzani Andrade)¹¹ na investigação científica da minha tese de doutorado defendida pela PUC-SP, em 25.03.2015, ficou demonstrado, que atualmente os direitos previdenciários são recorrentes nas negociações coletivas e que resultam cada vez mais em um número maior de cláusulas protetivas aos trabalhadores nas convenções e nos acordos coletivos de trabalho. Ora, se as convenções e os acordos coletivos são fontes formais, de produção autônoma, instrumentos resultantes das negociações coletivas do trabalho, entendo que as convenções e os acordos coletivos do trabalho também são, incontestavelmente, fontes de direito previdenciário.

5.1. A Força Cogente das Normas Previdenciárias nas Convenções e nos Acordos Coletivos e a Aplicação do Princípio da Ultratividade e o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social

Como foi visto anteriormente, a ultratividade da norma coletiva sempre foi motivo de muitas divergências entre a doutrina e as decisões judiciais, afinal, grande parte dos doutrinadores brasileiros respeitava a norma coletiva dentro de seu prazo de validade, expirado o prazo, ela seria excluída, automaticamente, dos contratos de trabalho individuais. Todavia, segundo a teoria da ultratividade, a norma coletiva teria sua eficácia estendida mesmo depois de expirado o prazo de vigência da norma, quando não houver outra para substituí-la.

Com a alteração da súmula 277, o TST respaldou a ultratividade, e pacificou a ideia de que na convenção e/ou negociação coletiva, a norma anterior estenderá sua eficácia até ser substituída por outra, portanto, as cláusulas normativas passam a integrar os contratos individuais de trabalho.

Com o novo entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, aumenta, consideravelmente, o risco das empresas que desejarem suprimir ou modificar direitos assegurados em negociações coletivas anteriores, a não ser que haja nova convenção e/ou negociação coletiva. O aconselhável, caso as empresas pretendam negociar algum benefício em detrimento ao anterior, é que sejam estabelecidas negociações com os sindicatos, antecipadamente, ao termo final da norma coletiva vigente.

10 Contingência social são fatos e/ou acontecimentos que, uma vez ocorridos, tem a força de colocar uma pessoa e/ou seus dependentes em estado de necessidade, como por exemplos invalidez (incapacidade), óbito, idade avançada, desemprego, maternidade, dentre outras prevista no art. 201 da Constituição Federal Brasileira.

11 Os Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho como fonte de direito Previdenciário. Programa de doutorado em direito. (WWW.pucsp.br).

Outro ponto a ser observado é a ausência de suporte jurídico desta modificação, tendo em vista que a ordem legal expressa determina a eficácia temporária dos acordos e convenções coletivas, consoante o art. 614, § 3º, da CLT –Consolidação das leis do Trabalho, sendo inegável que a ultratividade geral e indeterminada só poderia ser admitida mediante criação de lei específica, que assim dispusesse expressamente, o que não ocorreu, deixando-a “pendente” de eficácia. É necessário, no entanto, analisar se a ultratividade será benéfica aos empregados, como um avanço na proteção ao trabalho, como valor social, ou uma forma de congelar as conquistas sociais ali alcançadas, assim como avaliar se esta não será uma forma de acentuar ainda mais o desequilíbrio entre empregado e empregador, haja vista que a manutenção das cláusulas coletivas como “fixas”, enquanto não houver uma nova, paralisa os direitos do trabalhador, por tempo indeterminado, o que seria ótimo para aqueles empregadores que entendem que “o que hoje foi negociado só foi aceito porque suportável”. Por tal razão, entendo que é necessário ratificar que ultratividade também deve significar que as condições mais favoráveis estabelecidas por Convenção ou Acordo Coletivo devem incorporar-se ao patrimônio jurídico do trabalhador e que não podem mais ser suprimidas.

Em verdade, ressalto que a não incorporação dessas normas mais benéficas ao patrimônio jurídico do trabalhador vai significar um retrocesso social, pois a proibição do retrocesso social confere aos direitos fundamentais, em especial, aos sociais, estabilidade nas conquistas dispostas na Carta Magna, assegurando aos trabalhadores que se um direito for alterado, esta alteração deverá passar por um longo processo de análise para que venha beneficiar seus destinatários.

Nesse sentido, entendo, também, que as garantias previdenciárias decorrentes de negociações coletivas têm força cogente não só durante o período de vigência da convenção ou acordo coletivo, mas por prazo indeterminado devendo ser incorporado ao contrato de trabalho do empregado, uma vez que essas garantias se incorporaram ao patrimônio jurídico do trabalhador.

Em verdade, como explica Wagner Balera (2010, p. 189), a Constituição Federal, que em seu art. 3º, insculpe como fundamento a Ordem social cuja base é o primado do trabalho e o objetivo a atingir é o bem-estar e a justiça social, não cogita regressão das conquistas sociais já elevadas à dignidade constitucional. Ademais, acrescenta que o sistema jurídico só pode ser compreendido como um todo. Sendo assim, as normas jurídicas de hierarquia inferior devem guardar estrita harmonia com as normas hierarquicamente superior e nenhuma regra inferior poderá “furtar-se de implantação da diretriz de justiça estatuída na Lei Magna.”.

6. Conclusões

O poder é um elemento essencial ao conceito de fonte de direito. Este se diversifica em modalidades da forma do poder de decidir na experiência social. A fonte de direito

implica no conjunto de pressupostos de validade que deve ser obedecido para que a produção de prescrições normativas seja considerada obrigatória e, assim, se projete na vida social e conduza a momentos diversos das atividades da sociedade civil e do Estado. A Constituição é a fonte máxima e suprema do direito constitucional nos países em que não pode ser modificada por lei ordinária, mas somente por processos especiais estabelecidos constitucionalmente. Consideram-se fontes constitucionais do direito previdenciário as fontes filosóficas que se transformam em direito positivo. No direito brasileiro, pela definição do artigo 193 da Constituição, há a seguinte expressão: “a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social”. A incumbência desse conjunto de princípios e normas é a de conduzir a sociedade ao estágio de bem-estar e justiça sociais sob o primado do trabalho.

São duas as finalidades da negociação coletiva: 1) fixar condições individuais de trabalho e 2) estabelecer as condições para o relacionamento entre aqueles que se engajam nas relações coletivas de trabalho. Neste sentido, na Convenção n. 154 da Organização Internacional do Trabalho, a expressão “negociação coletiva” compreende todas as negociações que têm lugar entre um empregador, um grupo de empregadores, uma organização ou várias organizações de empregadores, de um lado, e uma organização ou várias organizações de trabalhadores, de outro lado, com o fim de: a) fixar as condições de trabalho e emprego; b) regular as relações entre empregadores ou trabalhadores; c) regular as relações entre empregadores ou suas organizações e uma organização ou várias organizações de trabalhadores, ou lograr todos esses fins concomitantemente.

A convenção e contrato coletivo têm, efetivamente, o mesmo sentido e significado e foi a instituição que, pela primeira vez, permitiu aos trabalhadores influir, real e positivamente, na determinação das condições de trabalho. A Organização Internacional do Trabalho, por meio da Recomendação nº 91, de 1951, definiu o contrato coletivo como todo contrato escrito relativo às condições de trabalho e emprego, celebrado entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma ou várias organizações de empregadores, por uma parte e, por outra, uma ou várias organizações representativas de trabalhadores ou, na ausência de tais organizações, representantes dos trabalhadores interessados, devidamente eleitos e autorizados por esses últimos, de acordo com a legislação nacional.

No Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, as convenções e os acordos coletivos de trabalho passaram a ser expressamente garantidos no artigo 7º, inciso XXVI. Na acepção legal, convenção coletiva de trabalho, propriamente dita, é o instrumento celebrado entre os sindicatos representativos das categorias profissionais e econômicas, ou seja, é o diploma negocial de natureza intersindical. O acordo coletivo de trabalho é o meio negociado entre os sindicatos representativos das categorias profissionais e uma ou mais empresas da correspondente categoria economia, ou seja, de menor abrangência.

A seguridade social pode ser definida, a partir de duas concepções: a comutativa ou contributiva, que se baseia no exercício de atividade profissional e na contribuição de cada indivíduo e a distributiva, baseada no atendimento do indivíduo, a partir das suas necessidades vitais, independente de contribuição, levando em conta a existência de uma solidariedade entre os membros da mesma coletividade, sendo um conjunto integrado de ações que não deve ser considerado isoladamente, pertencendo a um tronco comum as áreas da saúde, da previdência e da assistência social. Estas três áreas formam um conjunto, que por expressa disposição constitucional, deve ser integrado, tendo como objetivo principal a preservação do primado do trabalho e o alcance do bem-estar e a justiça social, garantindo vida digna ao ser humano.

A aplicação do princípio da ultratividade da norma coletiva sempre foi motivo de muitas divergências entre a doutrina e as decisões judiciais, afinal, grande parte dos doutrinadores respeitava a norma coletiva dentro de seu prazo de validade, expirado o prazo, ela seria excluída, automaticamente, dos contratos de trabalho individuais. Todavia, segundo a teoria da ultratividade, a norma coletiva teria sua eficácia estendida mesmo depois de expirado o prazo de vigência da norma, quando não houver outra para substituí-la. Com a alteração dessa súmula, o TST respaldou a ultratividade e pacificou a ideia de que na convenção e/ou negociação coletiva, a norma anterior estenderá sua eficácia até ser substituída por outra, portanto, as cláusulas normativas passam a integrar os contratos individuais de trabalho.

No entanto, levando em consideração o princípio da norma mais favorável entendo que é necessário ratificar que ultratividade também deve significar que as condições mais favoráveis estabelecidas por Convenção ou Acordo Coletivo devem incorporar-se ao patrimônio jurídico do trabalhador e que não podem mais ser suprimidas, pois a não incorporação dessas normas mais benéficas ao patrimônio jurídico do trabalhador vai significar um retrocesso social e violação ao princípio da vedação do retrocesso social que confere aos direitos fundamentais, em especial, aos sociais, estabilidade nas conquistas dispostas na Carta Magna, assegurando aos trabalhadores que se um direito for alterado, esta alteração deverá passar por um longo processo de análise para que venha beneficiar seus destinatários.

Sendo assim, as garantias previdenciárias decorrentes de negociações coletivas têm força cogente não somente durante o período de vigência da convenção ou acordo coletivo, mas se incorporam ao patrimônio jurídico do trabalhador enquanto estiver em vigor a norma, ou seja, em período não superior a 2 (dois) anos (artigo 614 § 3o, da CLT). Ademais, a negociação coletiva, tem o poder de produzir, além de cláusulas contratuais, normas jurídicas.

7. Referências

AROUCA, José Carlos. *Curso básico de direito sindical* – 4ª edição. São Paulo: LTr, 2014.

- BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 5ª Ed. São Paulo: LTr. 2009.
- _____. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. 2ª Ed. Revista e ampliada. São Paulo: QuartierLatin. 2010.
- _____. *Competência Jurisdicional na Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BANCO MUNDIAL, *Averting The Old Age Crisis – Policies to Protect the Old and Promote growth*. New York: Banco Mundial, 1994.
- BEVERIDGE, William. *O Plano Beveridge*, tradução Almir de Andrade, Rio de Janeiro: José Olympio, 1943.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- _____. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariane Bueno Sudatti. Ed. Edipro. Bauru: São Paulo. 2001.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Direito sindical – 2ª Edição*. São Paulo: LTr, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 2013.
- DUPEYROUX, Jean-Jacques. *Securite Sociale*. Paris: UTET, 1969.
- DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1997.
- FAJARDO, Martins. *Derecho de la seguridad social*. 2 ed. Lima, Peru: 1985.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de direito do trabalho*. Atualizado por GONÇALVES, Lilian. *Ultratividade das cláusulas normativas*. São Paulo: LTr, 2008.
- HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H. C. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- LOPES, Mônica Sette. *A convenção coletiva e sua força vinculante*. São Paulo: LTr. 1998.
- MAGANO, Octavio Bueno. *Procedimentos de autocomposição dos conflitos coletivos*. Revista LTr, São Paulo: Ltr, vol. 54, n. 2, p.150-153, fev. 1990.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *O problema do sindicato único no Brasil: seus fundamentos sociológicos*, 2ª Ed., São Paulo, Alfa - Omega, 1978.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 7ª ed., São Paulo: LTr, 2000.

- _____. *Teoria geral do direito do trabalho*, 21 ed. Atual, São Paulo, LTr, 2003.
- _____. *Curso de Direito do Trabalho*. 18ª Ed. 2009.
- REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *Filosofia do Direito*. 12ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1987.
- REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Los principios de derecho Del Trabajo*. Montevideú: MBA, 1975.
- RUPRECHT, Alfredo J. *Derecho colectivo del trabajo*, Madri: Confederação Española de Cajas de Ahorros, 1977.
- SUSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SÚSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA Filho, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo:LTr., 2005, vol. I.
- VENTURI, Augusto. *I fundamentis scientificidella Sicurezza Sociale*. Milão. UTET, 1954.
- ZANGRANDO, Carlos. *Princípios jurídicos do direito trabalho*. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2013.

A NEGOCIAÇÃO COLETIVA E SEU ALCANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

LUCIANA ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA

Professora Adjunta da Universidade Federal de Sergipe - UFS. Doutora em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Mestre em Direito do Trabalho, especialista em Direito do Trabalho e em Direito Processual Civil, todos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Vice-Presidente da Asociación Iberoamericana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social.

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Professor Adjunto da Universidade Federal de Sergipe - UFS. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Coordenador do Mestrado em Direito da UFS.

Resumo

O sistema de juridificação trabalhista pautado na valorização da negociação coletiva tem sido preconizado no direito pátrio e estrangeiro, uma vez que traduzem diretamente interesses das categorias econômicas e profissionais, ao lado de possibilitar o acesso a peculiaridades da vivência do labor que não cabem ser disciplinadas na dimensão geral e abstrata da lei.

Palavras-chave

Normas autônomas coletivas; Sindicatos; Crise econômica; Adaptação.

Abstract

The system of ruled labor based in the valorization collective negotiation has been foreseen in the right national and foreigner, once they translate interests of the economical and professional categories directly, beside making possible the access to specificities of the existence of the labor that cannot be disciplined in the general and abstract dimension of the law.

Key word

Collective autonomous norms; Unions; Economical crisis; Adaptation.

1. Introdução

Na evolução das relações entre capital e trabalho evidencia-se o grande relevo das normas coletivas na pacificação social de conflitos e conquista de direitos laborais, que, sendo manifestações de negociações legítimas, os reais interesses coletivos das categorias econômicas e profissionais.

A convenção ou acordo coletivo de trabalho, nascida da negociação coletiva vitoriosa, compõe-se fundamentalmente de normas jurídicas que delineiam condições de labor aplicáveis, no lapso de vigência, às relações individuais de trabalho abarcadas no âmbito pessoal e espacial de representação dos entes convenientes.

Dessarte, por formarmos um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1998 imprimiu nova roupagem à autonomia privada coletiva, privilegiando este poder social de solucionar conflitos laborais, pois ninguém melhor do que os próprios atores sociais, que vivenciam o cotidiano laboral, para saber das possibilidades de avanço e retrocesso na construção do Direito.

Relevante faz-se salientar, contudo, esse poder dos interlocutores sociais na formação do Direito não é absoluto e ilimitado, sujeitando-se a limites imprescindíveis para harmonia do ordenamento jurídico.

É corrente o estabelecimento de normas coletivas do trabalho que estabelecem os banco de horas com jornadas 12x36 ou 24x72, mormente aplicadas a categorias de vigilantes ou profissionais de saúde. Tais normas são válidas tendo em vista disciplinar tema relacionado a saúde do trabalhador? Qual o alcance das normas coletivas considerando que a Constituição Brasileira valorizou a negociação coletiva?

Nesse diapasão, no presente artigo, cabe analisar o pluralismo normativo do Direito Laboral, salientando os modelos normativos existentes e o adotado pelo sistema jurídico brasileiro.

2. A Negociação Coletiva: Seu Sentido e Relevo

Ao se tratar de negociação coletiva, impende destacar, a princípio, a sua acepção que consiste no método de autocomposição de interesses coletivos pertinente a representantes de trabalhadores e empregadores¹, visando a encontrar fórmulas para a solução de conflitos coletivos e, por conseguinte, disciplinar as relações de trabalho.

1 Consoante nosso ordenamento jurídico laboral, é representante legal dos trabalhadores o sindicato profissional e dos empregadores, o sindicato patronal (convenção coletiva de trabalho) ou a própria empresa (acordo coletivo de trabalho). Impende frisar, a obrigatoriedade de participação dos sindicatos na negociação coletiva (CF, art. 8.º, inciso VI) refere-se aos trabalhadores, pois, do lado empresarial, a intervenção do sindicato não se mostra indispensável à garantia da igualdade das partes na negociação coletiva.

No dizer de TEIXEIRA FILHO (SÜSSEKIND, 2002, p. 1.131.):

A negociação coletiva de trabalho pode ser singelamente definida como o processo democrático de autocomposição de interesses pelos próprios atores sociais, objetivando a fixação de condições de trabalho aplicáveis a uma coletividade de empregados de determinada empresa ou de toda uma categoria econômica e a regulamentação entre as entidades estipulantes.

BAYLOS (1997, p.78-79) conceitua:

Trasladada a la rama de producción, la negociación colectiva es un instrumento de gobierno del sistema de relaciones laborales, contemplado en la empresa un articulado sistema de límites y un conjunto de procedimientos, con frecuencia no formalizados, que procuran la producción de consenso en la administración de las relaciones laborales y la racionalización del ejercicio de la autoridad en la empresa.²

Ampló é o conceito provindo da Organização Internacional do Trabalho (RUPRECHT, 1995, p. 264-265.):

Entende-se por negociação coletiva (ou expressões equivalentes) não só as discussões que culminam num contrato (convenção ou acordo) coletivo conforme o define e regulamenta a lei, mas, além disso, todas as formas de tratamento entre empregadores e trabalhadores, ou entre seus respectivos representantes, sempre e quando supõem uma negociação no sentido corrente da palavra.

A negociação coletiva, como ensina JEAMMAUD (1997, p. 245.), constitui-se no meio de fixação de novos equilíbrios entre aspirações amplamente antagônicas, de arte a reforçar o crédito das organizações, bem como assegurar a legitimidade de eventual *lege ferenda*.

Vale consignar, a Organização Internacional do Trabalho – OIT – tem assumido uma posição de incentivo à negociação coletiva, considerando-a como melhor forma de composição dos interesses coletivos nas relações de labor.

Nessa perspectiva, a Convenção n.º 98 da OIT, ratificada pelo Brasil (Decreto n.º 33.196, de 22.6.53), no art. 4.º, dispõe que

deverão adotar-se medidas adequadas às condições nacionais quando isso seja necessário para estimular e fomentar entre os empregadores e as organizações de empregadores, por um lado, e as organizações de trabalhadores, por outro,

2 *Trasladado ao ramo de produção, a negociação coletiva é um instrumento de governo do sistema de relações laborais, contemplando na empresa um articulado sistema de limites e um conjunto de procedimentos, com frequência não formalizados, que procuram a produção de consenso na administração das relações laborais e a racionalização do exercício da autoridade na empresa. (tradução nossa)*

o pleno desenvolvimento e uso de procedimentos de negociação voluntária, com o objetivo de regulamentar, por meio dos contratos coletivos, as condições de emprego. (Oficina Internacional del Trabajo, 1994, p. 199.)

Já a Convenção n.º 154 da OIT, ratificada pelo Brasil (Decreto n.º 1256, de 29.9.94), conhecida por fomentar à negociação coletiva, no seu art. 5.1 determina: *Deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais para fomentar a negociação coletiva.* O parágrafo 2.º desse mesmo artigo enumera as medidas adequadas para tal fim; são elas: a) que a negociação coletiva seja possibilitada a todos os empregadores e a todas as categorias de trabalhadores de todos os ramos da atividade econômica; b) que a negociação coletiva seja progressivamente estendida a todas as matérias a que se refere o art. 2.º da Convenção, que são fixar as condições de trabalho e emprego, regular as relações entre empregadores e trabalhadores e as relações entre empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores; c) fomentar o estabelecimento de regras de procedimento avençadas entre as organizações dos empregadores e as organizações dos trabalhadores; d) que a negociação coletiva não resulte impedimento pela inexistência de regras que determinem o seu desenvolvimento ou a insuficiência ou o caráter impróprio de tais regras; e e) que os órgãos e procedimentos de solução de conflitos laborais estejam concebidos de tal maneira que contribuam ao fomento da negociação coletiva. (Oficina Internacional del Trabajo, 1994, p. 235)

Nesse diapasão, os atores sociais devem efetivamente promover a negociação coletiva, de maneira a não ser rechaçada ao primeiro aceno. É certo que o processo de entendimento não tem de necessariamente desaguar em convenção ou acordo coletivo de trabalho, mas esse é o ideal a ser perseguido, não podendo ser rejeitada a tentativa de ajuste de interesses coletivos. No Brasil, o dever de negociar se depreende do artigo 616, *caput*, da CLT³.

Na esteira de valorização da negociação coletiva, a Emenda Constitucional 45 alterou, em 2004, a redação do art. 114, dispondo no §2º “in verbis”:

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 convencionaladas anteriormente. (grifo nosso)

De igual modo, partindo da perspectiva de prestigiar as fontes de direito autônomas, a súmula 277 do Tribunal Superior do Trabalho adotou a *teoria da ultratividade* estabelecendo:

3 Art. 616, *caput*, da CLT: *Os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva.*

“As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.”

3. Alcance da Negociação Coletiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro

É preciso ter em mira que as normas autônomas juscoletivas, oriundas do processo frutífero de negociação coletiva, devem se coadunar com o padrão geral heterônimo justrabalhistas e que, portanto, ao serem entabuladas mister faz-se a observância de certas disposições constitucionais ou legais.

A propósito, o constitucionalista SILVA (1998, p. 73-74) realça que rege o nosso sistema jurídico o princípio da coerência e harmonia *das normas*, lecionando:

as normas jurídicas vinculam-se entre si por um fundamento único, de tal modo que, para configurarem um sistema harmônico, as normas legais devem harmonizar-se, seguindo uma escala de importância, de tal maneira que as normas inferiores devem submeter-se aos mandamentos das normas superiores, sob pena de, não o fazendo, tornarem-se inválidas. Há, portanto, entre as várias fontes, uma hierarquia, que garante a coerência do sistema jurídico.

O jurista MANUS (2011, p.119), com percuciência, explana que o Direito do Trabalho, de igual modo aos demais ramos do Direito, obedece à hierarquia das fontes⁴, de maneira que as normas hierarquicamente inferiores só podem dispor, sobre o mesmo tema, de forma diversa em relação ao que determina a norma hierarquicamente superior quando esta permitir tratamento diverso, pois caso contrário haverá conflito entre as normas, prevalecendo a hierarquicamente superior.

Assim sendo, merece reparo a assertiva de alguns juslaboralistas na direção de que o Direito do Trabalho não obedece, do mesmo modo que os demais ramos do Direito, à hierarquia das fontes⁵, uma vez que as normas inferiores estão adstritas ao estatuído por normas hierarquicamente superiores.

O Estatuto Supremo de 1988 possibilitou que outras fontes de Direito estabeleçam condições de maneira mais favorável ao obreiro em relação ao conteúdo normativo constitucional, quando no art. 7.º, *caput*, insculpe serem direitos dos trabalhadores aqueles

4 A explicitar, ressaltam-se, em ordem hierárquica, as fontes formais do Direito do Trabalho: a Constituição Federal, a lei complementar, a lei ordinária, a lei delegada, a medida provisória, regulamentos normativos, a sentença normativa da Justiça do Trabalho, a convenção coletiva de trabalho, o acordo coletivo de trabalho, o regulamento de empresa, o contrato individual de trabalho e os usos e costumes.

5 Entendem ser peculiaridade do Direito Laboral a aplicação do princípio da norma mais favorável na hierarquia das fontes, de modo que o vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma mais favorável ao trabalhador.

pela mesma enumerados além de *outros que visem à melhoria de sua condição social* e no art. 114, §2.º, determina que a sentença normativa substitutiva da negociação direta deve respeitar os direitos mínimos legais e convencionais assegurados aos trabalhadores.⁶

É esteio do Direito Laboral, por conseguinte, o princípio protetor do obreiro, orientando no sentido de que as normas de maior hierarquia são postergadas por outras de menor (por exemplo, respectivamente, a lei e a convenção coletiva) quando estas últimas estabelecem melhores benefícios a favor dos trabalhadores.

Em que pese o sistema normativo laboral autorizar que a vontade privada, individual ou coletiva, ajuste condições mais favoráveis ao trabalhador em comparação às consubstanciadas pelo texto constitucional ou legal, pode haver normas legais de natureza proibitivas que impõem limites à autonomia dos particulares, com miras ao interesse geral, fundadas na ordem pública econômica, impedindo disposição convencional sobre determinado assunto. Isso se deve ao fato de que é preciso compatibilizar a autonomia privada com a responsabilidade estatal de guiar as políticas que conduzam ao logro de seus objetivos em função do bem comum.

Uma prática adotada em momentos de crise, que autoriza excepcionalmente a revisão na aplicação do princípio da norma mais favorável, consiste na permissão de que fontes do Direito de nível hierárquico inferior disciplinem *in pejus* certas condições de labor, apoiadas em uma negociação coletiva com base em concessões recíprocas em que a perda de certo direito tem por fulcro a obtenção de um outro, reputado de valor superior (à guisa de ilustração frisamos emprego *versus* diminuição de salário e jornada). Parte expressiva de doutrinadores pátrios e estrangeiros reconhece nisso uma versão atualizada do princípio protetório.

Nessa órbita, a normativa constitucional (CF, art. 7.º, incisos VI, XIII e XIV) prescreveu a possibilidade de norma autônoma coletiva *in pejus* ao obreiro através da convenção ou acordo coletivo de trabalho. Registra-se, essa flexibilização das condições de trabalho tem por escopo diminuir custos e preservar o emprego nos períodos de crise empresarial.⁷

A elucidar, são os escólios de ROBORTELLA (1994, p. 97):

(...) definimos a flexibilização do direito do trabalho como o instrumento de política social caracterizado pela adaptação constante das normas

6 Nessa mesma diretriz, de aplicação do princípio da norma mais favorável, dispõe o art. 620 da CLT que *as condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo.*

7 Não se pode confundir a flexibilização laboral com a desregulamentação do Direito do Trabalho que *retira a proteção do Estado ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada, individual ou coletiva regule as condições de trabalho e os direitos e obrigações advindos da relação de emprego* (SÜSSEKIND, 2002, p. 142).

jurídicas à realidade econômica, social e institucional, mediante intensa participação de trabalhadores e empresários, para eficaz regulação do mercado de trabalho, tendo como objetivos o desenvolvimento econômico e o progresso social.

Agrega-se a isso a advertência do juslaboralista URIARTE (1994, p. 1.045-1.050) de que a admissibilidade da negociação coletiva *in pejus* em relação ao estabelecido por lei depende, em princípio, da natureza originária ou derivada que se atribua à autonomia coletiva. Se a gênese da autonomia é originária, o ordenamento heterônomo não pode limitá-la. No entanto, se a considera derivada, a procedência da negociação dependerá de que as normas heterônomas sejam imperativas ou não, de direito absoluto necessário, derivado ou disponível, o que pressupõe a supremacia do ordenamento estatal e o caráter derivado do autônomo.

Nesse diapasão, há dois parâmetros a serem considerados dentro de um modelo trabalhista democrático: “normatização autônoma e privatística” e “normatização privatística subordinada”. No primeiro, vigorante no modelo anglo-saxão, há plena liberdade entre particulares (ou seja, ampla margem de criatividade) e no segundo existe um limite no patamar mínimo de direitos estabelecidos pela normatização estatal. (DELGADO, 2002, p. 1369-1373)

Em observância à situação de que a lei e a autonomia privada coletiva têm fundamento nas disposições normativas constitucionais, dúvidas não pairam das suas naturezas derivadas e da necessidade de se coadunarem às disposições de normas hierarquicamente superiores. Ou seja, o sistema brasileiro enquadra-se no modelo de “normatização privatística subordinada”.

Na esteira dessas idéias, SIMON (1998, p. 473-474) ensina:

Se han definido como relaciones básicas entre la heteronomía y la autonomía, las siguientes:

- 1) Relación de suplementariedad: por la que el Estado fija un tratamiento mínimo, inderogable 'in pejus' por el convenio colectivo;*
- 2) Relación de complementariedad: donde el Estado se limita a establecer las bases o principios de la regulación y remite o reenvía a la negociación colectiva su concreción y su desarrollo;*
- 3) Relación de supletoriedad: la norma estatal proporciona una regulación del supuesto, que sólo se aplicará caso no existir una previsión diferente en cualquier sentido por parte del convenio colectivo;*
- 4) Relación de exclusión de la negociación colectiva: el Estado se reserva para sí la regulación de una determinada materia o de aspectos de la misma, y la norma estatal es intangible e inmodificable para el convenio colectivo;*

5) *Relación norma estatal y convencional: planteada cuando la primera es insuperable 'in melius' por la segunda.*⁸

Também é nesse mesmo contexto que o professor MANUS (2011, p.119), adotando as lições de José Barros de Moura, classifica as normas jurídicas trabalhistas em:

- *normas facultativas (dispositivas ou supletivas): que admitem qualquer regulamentação diferente, num sentido mais favorável ou menos favorável ao trabalhador;*
- *normas imperativas absolutas: que não admitem qualquer modificação em sentido diferente, seja ele mais ou menos favorável ao trabalhador;*
- *normas imperativas máximas: que não admitem qualquer modificação em sentido favorável ao trabalhador;*
- *normas imperativas mínimas: que não admitem qualquer modificação em sentido menos favorável ao trabalhador, mas permitem todas as modificações num sentido mais favorável.*

Dessarte, há limites jurídicos objetivos de validade e eficácia jurídica das normas autônomas coletivas, quais sejam:

- a) admite-se norma juscoletiva *in pejus* quando haja expresso permissivo no ordenamento jurídico heterônomo (por exemplo, redução salarial – art. 7.º, inciso VI, da CF/88) e desde que seja resultado de uma transação (despojamento multilateral com reciprocidade entre os entes envolvidos);
- b) a norma coletiva não pode dispor sobre direitos amparados por normas de indisponibilidade absoluta, ou seja, normas embasadas em direitos humanos dos trabalhadores (a ilustrar, irredutibilidade do salário mínimo – art. 7.º, inciso IV, da CF); e
- c) a norma autônoma coletiva pode regular de modo mais favorável em comparação às normas de indisponibilidade relativa, também denominadas de normas

8 *Definiram-se como relações básicas entre a heteronomia e a autonomia, as seguintes:*

1) *Relação de complementaridade: pela qual Estado fixa um tratamento mínimo, inderrogável 'in pejus' pelo convênio coletivo;*

2) *Relação de complementaridade: onde o Estado se limita a estabelecer as bases ou princípios da regulamentação e remete ou reenvia à negociação coletiva sua concreção e seu desenvolvimento;*

3) *Relação de supletariedade: a norma estatal proporciona uma regulamentação da hipótese, que somente se aplicará caso não exista uma previsão diferente em qualquer sentido por parte do convênio coletivo;*

4) *Relação de exclusão da negociação coletiva: o Estado reserva para si a regulação de uma determinada matéria ou de aspectos da mesma, e a norma estatal é intangível e imodificável para o convênio coletivo;*

5) *Relação norma estatal e convencional: estabelecida quando a primeira é insuperável 'in melius' pela segunda. (tradução nossa)*

imperativas mínimas (a elucidar, art. 7.º, inciso XVI, da CF combinado com o art. 59, §1.º, da CLT, que explicitam a possibilidade de celebração de acordo de compensação de horas extraordinárias de trabalho limitada a jornada máxima de 10 horas diárias).

Assim, o pluralismo normativo laboral reconhece as normas coletivas são produzidas em um contexto de autocomposição de conflitos coletivos de trabalho, abrangendo a transação (em que há concessões recíprocas entre as partes envolvidas) e não renuncia ou submissão, de modo que deve respeitar um *standard* mínimo de direitos voltados a garantir e efetivar a dignidade do trabalhador.

Em havendo conflitos de normas coletivas e estatais que disciplinam a mesma matéria, cabe aplicar o “princípio da adequação setorial negociada” segundo o qual, nas lições de DELGADO (2002, p. 850.) as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre uma certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalista desde que respeitados dois critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior a norma estatal; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).

Vale lembrar que as normas de indisponibilidade absoluta são aquelas que estão atreladas ao “patamar civilizatório mínimo”, ou seja, que asseguram a dignidade do trabalhador, como as normas concernentes à saúde e segurança no trabalho, bases salariais mínimas e dispositivos antidiscriminatórios.

Assim, quando violadas ensejam a anulação das normas juscoletivas, sendo corrente a jurisprudência uniformizada do TST neste sentido. Á guisa de exemplo, destaca-se que o inciso II da súmula 437 deste Colendo Tribunal prevê:

“é inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem publica (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/88).”

Nessa mira de estabelecer balizas à autonomia privada coletiva, com vista à preservação de direitos humanos do trabalhador, foi cancelada a jurisprudência uniformizada expressa na súmula 349 do TST que estabelecia a validade do acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre, exigindo-se a inspeção prévia do meio ambiente do trabalho a cargo de médico ou engenheiro do trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego.

Ainda nesse desiderato, convém gizar que existe divergência doutrinária e jurisprudencial na adoção do critério que determina a norma mais favorável quando do cotejo

entre normas jurídicas que disciplinam de forma distinta uma mesma situação concreta. Os critérios de comparação esboçados na doutrina são: critério da acumulação ou fracionamento, critério do conglobamento e critério do conglobamento por instituições.

A doutrina majoritária e a jurisprudência predominante do TST, fundamentando-se no disposto na Lei n.º 7.064/82⁹, adota o critério global ou do conglobamento absoluto, que confronta os diplomas normativos de maneira integral (ou melhor, não fraciona os corpos jurídicos em preceitos ou institutos jurídicos), admitindo como válido aquele que, no conjunto, é mais favorável, ainda que este contenha algumas normas menos benéficas relativamente a preceitos de outro corpo normativo.

Outro caminho segue o critério da acumulação normativa, também denominado de atomista ou de fracionamento, que compara normas isoladas de distintos diplomas normativos, colidentes entre si no regulamento de um mesmo assunto, elegendo, nessa confrontação, a norma mais favorável e compondo uma espécie de novo corpo normativo que acumula todas as disposições separadamente mais favoráveis.

Alguns doutrinadores fundamentam a aplicação desse critério no art. 620 da CLT, pois este se refere expressamente a *condições estabelecidas* e não *convenção* mais favorável. Entrementes, esse pensar acaba por gerar uma *colcha de retalhos* de disposições laborais, além de gerar dúvidas, entre empregadores e empregados, sobre os efetivos deveres e direitos respectivos.

A crítica a essa corrente, DELGADO (2002, p. 1.371) testifica que tal teoria *suprime o caráter universal e democrático do Direito, por tornar sempre singular a fórmula jurídica aplicada a cada caso concreto*.

É de se salientar que o TST, na súmula 261, adotou este critério da acumulação – aplicando a disposição da Convenção 132 da OIT, embora, no conjunto da disciplina normativa das férias, a CLT seja mais benéfica – ao estabelecer: *o empregado que se demite antes de completar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais*.

Para o terceiro critério, considerado como intermediário, chamado de conglobamento por instituições ou critério de incindibilidade, deve ser eleito o conjunto normativo mais favorável relativo a um instituto de Direito do Trabalho. Tal critério é adotado expressamente na Argentina (Lei n.º 14.250, art. 6.º), sendo qualificado por DEVEALI (1983, p. 328) como critério do *conglobamiento orgánico*¹⁰.

Em nossa opinião, o critério do conglobamento absoluto é de difícil aplicação, a par de ser subjetiva a aferição de que um regime é mais favorável globalmente que outro, e o

9 A Lei n.º 7.064/82 no art. 3.º, inciso III, dispõe sobre *a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria*.

10 Conglobamento orgânico.

critério de acumulação leva à insegurança dos destinatários da norma, além de desqualificar o caráter geral das normas jurídicas.

Diante disso, a superar os entraves dos critérios anteriores, entendemos ser conveniente adotar o critério do conglobamento por instituições, por ser um meio lógico e de mais fácil aceção, já que compara conjuntos suficientemente homogêneos de normas que disciplinam um instituto.

Em nosso pensar, a literalidade do art. 3.º, inciso III, da Lei n.º 7.064/82 adota a teoria do conglobamento orgânico que dispõe *a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria.*

4. Conclusões

A negociação coletiva – processo dialético direcionado a engendrar normas autônomas coletivas – vem alcançando, mormente nos últimos tempos, um relevo particular, o que se infere através de uma interpretação sistemática do texto constitucional de 1988.

Entrementes, a despeito de ser instrumento de grande valia na harmonização das relações entre capital e trabalho, a negociação coletiva está sujeita a balizas impostas pelo sistema jurídico brasileiro, com vistas aos direitos humanos dos trabalhadores.

O Estatuto Supremo de 1988 possibilitou que outras fontes de Direito estabeleçam condições de maneira mais favorável ao obreiro em relação ao conteúdo normativo constitucional (CF, arts. 7.º, caput e 114, §2.º). Destarte, há controvérsias doutrinária e jurisprudencial na adoção do critério que determina a norma mais favorável quando do cotejo entre normas jurídicas - componentes de distintos diplomas - que disciplinam de forma distinta uma mesma situação concreta. Os critérios de comparação esboçados na doutrina são: critério da acumulação ou fracionamento, critério do conglobamento e critério do conglobamento por instituições. Entendemos que este último critério melhor atende aos auspícios da negociação coletiva, na medida em que torna mais objetivo a aferição da norma mais favorável.

5. Referências

- BAYLOS, Antonio. *La nueva posición de la negociación colectiva en la regulación de las relaciones de trabajo españolas*. In: CONTEXTOS - Revista Crítica de Derecho Social, n.º 1. Buenos Aires - Argentina:Editores del Puerto, 1997.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.
- DEVEALI, Mario. *El Derecho del Trabajo en su aplicación y sus tendencias*, tomo I e II. Buenos Aires - Argentina: ASTREA, 1983.

- JEAMMAUD, Antoine. *Cambios y futuro del derecho del trabajo en Francia*. In: CONTEXTOS -Revista Crítica de Derecho Social, n.º 1. Buenos Aires - Argentina: Editores del Puerto, 1997.
- Libertad Sindical y Negociación Colectiva*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1994.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Negociação Coletiva e Contrato Individual do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *Prevalência da Negociação Coletiva sobre a Lei*. In: O Direito do Trabalho na sociedade contemporânea. FREDIANI, Yone e TORRES DA SILVA, Jane Granzoto (Coords.). São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001.
- _____. *O Moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.
- RUPRECHT, Alfredo J. *Relações Coletivas de Trabalho*. Tradução Edilson Alkmin Cunha – revisão técnica Irany Ferrari. São Paulo: LTr, 1995.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: RT, 1998.
- SIMON, Julio Cesar. *Modelo Estatal y Negociación Colectiva*. Buenos Aires - Argentina: La Ley, 1994.
- _____. *Negociacion Colectiva. Derecho Colectivo del Trabajo*. Buenos Aires - Argentina: La Ley, 1998.
- SÚSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*, vols. I e II. 20.^a ed. atual. São Paulo: LTr, 2002.
- URIARTE, Oscar Ermida. *La Flexibilidad*. Montevideo - Uruguay: Fundacion de Cultura Universitaria, 2001.
- _____. *La negociación colectiva 'in pejus': algunas condicionantes teóricas*. In: Revista Trabajo y Seguridad Social. Montevideo - Uruguay: Fundacion de Cultura Universitaria, 1994.

A QUESTÃO DOS TRABALHADORES TOXICODPENDENTES SOB O PRISMA DA TEORIA DO RECONHECIMENTO DE AXEL HONNETH. DIREITO HUMANO AO TRABALHO E SUA PRETENSÃO DE VALIDADE UNIVERSAL

MARIA CECÍLIA MÁXIMO TEODORO

Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de Castilla-La Mancha com bolsa de pesquisa da CAPES. Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP- Universidade de São Paulo. Mestra em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora de Direito do Trabalho do Programa da graduação e da Pós-Graduação em Direito, *stricto sensu*, da PUC/MG e membro reeleita do Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/MG.

SABRINA COLARES NOGUEIRA

Doutoranda e Mestra em Direito do Trabalho pela PUC/MG. Especialista em Direito do Trabalho Ítalo-brasileiro pela Universidade Federal de Minas Gerais. Editora da Revista da Faculdade Mineira de Direito. Professora de Direito do Trabalho e Previdenciário. Advogada.

Resumo

Relacionar a temática referente a Teoria do Reconhecimento de Axel Honnet e o direito humano ao trabalho, como direito humano com pretensão de validade universal, sob a perspectiva da Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho da OIT, com fins de fixar parâmetros de reconhecimento e de (re)inserção social da categoria de trabalhadores toxicodependentes é o principal objetivo do presente artigo. Para tanto, analisaremos o marco teórico em que a persecução da dignidade do homem pelo trabalho é o objetivo do Estado para que a seguir possamos tratar da dignidade do homem como direito cuja pretensão de validade é universal, com base da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. Isto posto, podemos analisar a possível dignificação do homem pelo trabalho e no trabalho, em um contexto global a partir dos efeitos do reconhecimento de novos direitos, especialmente no que tange à categoria de trabalhadores que ocupam a parcela social de químico-dependentes, cuja participação no processo social está impedida, gerando uma categoria de trabalhadores socialmente excluídos, o que se pretende ultrapassar.

Palavras-chave

Filosofia pós-moderna; Teoria do Reconhecimento; Direito ao trabalho; Direitos humanos.

Abstract

Relate the theme regarding the Theory of Recognition Axel Honnet, the human right to work as a human right to claim to universal validity, from the perspective of the Declaration of Fundamental Principles and Rights at Work ILO, for purposes of setting parameters and recognition of social (re) integration of chemical class dependent workers is the main goal of this article. We will analyze the theoretical framework in which the pursuit of human dignity at work is the goal of the state to which we treat below the dignity of man as a right whose claim to universal validity is based on the recognition of the theory of Axel Honneth. That said, we analyze the possible dignity of man at work in a global context from the recognition of new rights, especially with regard to the category of workers who occupy the social portion of chemical-dependent, whose participation in the social process is prevented, creating a category of workers socially excluded, which is intended to overcome.

Key words

Postmodern philosophy; Theory of Recognition; Right to work; Human rights.

1. Introdução

Com a fixação do marco teórico na persecução da dignidade do homem no trabalho e pelo trabalho, analisar-se-á a problemática relativa às condutas, na esfera do trabalho, que ferem a dignidade do trabalhador que sofre de dependência química.

Como o trabalhador toxicodependente pode (re)inserir-se no mundo do trabalho pela luta por reconhecimento será o objeto da presente análise.

Pontua-se que não se pretende exaurir o tema relativo a dependência química na esfera do trabalho, tampouco formular tese acerca da teoria do reconhecimento, pois isto não seria possível em apenas um artigo científico.

Pretende-se apenas pontuar a existência desta questão, para que possamos iniciar uma breve reflexão acerca desta nova demanda social, com base na teoria crítica de Axel Honneth, com fins de fixar pilares para o reconhecimento deste novo fato social e dos direitos que envolvem a categoria de trabalhadores toxicodependentes.

2. Direitos Humanos e sua Pretensão de Validade Universal

Ao pensar direitos humanos é possível fazer referência a no mínimo dois contextos. Um deles estaria relacionado à teoria jurídica dessa categoria de direitos, que corresponde

ao conjunto de tratados, convenções e legislações cujo objeto é a definição destes direitos, bem como a regulação dos mecanismos internacionais e nacionais garantidores dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Lado outro, a teoria dos direitos humanos que trata dos fundamentos desses direitos, especialmente no que se refere a análise acerca da validade universal desta categoria de direito, ganha papel de destaque na filosofia social e política contemporâneas, sendo sob este prisma que trataremos de direitos humanos.

Os direitos humanos são a síntese de garantias conquistadas ao longo do desenvolvimento da sociedade, sendo uma síntese progressista, incompleta e mutante. Progressista porque os direitos humanos são resultantes de processos históricos-materiais, pelos quais evoluem constantemente permitindo a realização de barreiras caso haja o retorno a vivências antigas que não foram bem sucedidas, vedando o retrocesso social e humano. É incompleta em consequência da sua própria característica de progressão, pois os direitos humanos quando incorporados ao patrimônio do sujeito, impedem que sejam relegados no processo de conformação social, dignificando-o, não sendo possível a retirada destes direitos. Mutantes porque condicionados ao momento histórico em que surgem, podem sofrer releituras e ter seu conteúdo modificado em períodos históricos futuros.

Neste ponto, Lucas Gontijo¹, descreve que:

Tanto a definição quando o elenco de tais direitos mudam constantemente [...] A mais remota fonte do que vem a ser direitos humanos se forma no contexto liberal em que surgiram os direitos de primeira geração ou direitos liberais de cunho personalíssimo como os proclamados na *Bill of Rights* de 1689 ou na *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789.

Contudo, o autor pontua que “tais declarações não esgotam o tema”², visto que nos textos de Karl Marx e de outros autores da época, um embrião do o que hoje se entende por direitos humanos já surgia.

Marx e Engels ao desenvolverem o materialismo histórico demonstram que o Direito funciona como mecanismo de dominação da classe, sendo que em alguns casos os direitos só fazem sentido na vigência de uma ordem capitalista. Nesse sentido que José Adércio Sampaio explica que mesmo as declarações solenes não libertam o homem, mas sim o condicionam ao sistema capitalista. Assim, ele não é liberado da religião quando

1 GONTIJO, Lucas Alvarenga. **Direitos Humanos sob o prisma da Filosofia do Direito: desafios e discursos de justificação dos direitos humanos nas sociedades contemporâneas**, p.3

2 GONTIJO, Lucas Alvarenga. **Direitos Humanos sob o prisma da Filosofia do Direito: desafios e discursos de justificação dos direitos humanos nas sociedades contemporâneas**. p. 3.

obtem a liberdade religiosa, tampouco é liberado da propriedade quando obtém a liberdade de trabalhar³.

O aparato estatal estabelece direitos fundamentais com funções de dominação ideológica almejando uma estabilidade social, na qual os cidadãos sentem-se respeitados e conquistadores de direitos mínimos. Assim os direitos dão a sensação de justiça e possibilidade de ascensão, já que estão tutelados pelo Estado, e a partir disso, seriam todos iguais. Na terminologia adotada por Marx, tal fenômeno é entendido como alienação.⁴

No entanto, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas em 1948, e, mais recentemente, o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, que primeiro elaboram a ideia de conferir pretensão de validade universal aos direitos humanos.

Lucas Gontijo⁵ ainda aponta que:

A gênese da Declaração Universal dos Direitos Humanos ou o Pacto de San José da Costa Rica é efeito de uma narrativa discursiva em prol de direitos que deveriam ser efetivados em decorrência de uma experiência histórica de desrespeitos à humanidade, eles se fizeram como respostas contingenciais, como assentamento de valores aceitos, justificados por uma narrativa racional.

Assim sendo, pensar em direitos humanos é pensar em moral. E este pensar exige uma moral universalizada, tem em vista que a ideia de uma sociedade autônoma não mais se justifica em um mundo globalizado. Ou seja, com a globalização os povos acabam inseridos em uma mesma linha histórico-cronológica.

Portanto, partindo do pressuposto que as sociedades globalizadas pertencem a um mesmo marco teórico e histórico, é possível conferir, aos sujeitos inseridos neste mesmo marco, direitos humanos universais, ou, pelo menos, direito humanos com pretensão de validade universal. O que não acontece quando comparamos o povo brasileiro e uma tribo indígena não-socializada, por exemplo, visto que não pertencem ao mesmo marco histórico.

Deste modo, no contexto da globalização, em que as sociedades prosseguem no marco histórico em sentido regularmente análogo, em que as informações são disseminadas

3 SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 44.

4 SILVA, Guilherme Ferreira. Os direitos humanos sob a ótica materialista e procedimentalista. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12290&revista_caderno=15>. Acesso em set 2014.

5 GONTIJO, Lucas Alvarenga. **Direitos Humanos sob o prisma da Filosofia do Direito: desafios e discursos de justificação dos direitos humanos nas sociedades contemporâneas**, p. 3.

em tempo real, e, principalmente, no contexto de domínio do capitalismo, é sim possível que direitos humanos sejam exigidos universalmente.

Pontua-se ainda que conferir validade universal aos direitos humanos é tarefa que necessita de um remonte acerca da construção de marcos teóricos e de tipos de racionalidade, o que não será objeto deste estudo.

Por esta razão, trataremos da afirmação da universalidade do direito humano ao trabalho com base na racionalidade da teoria do reconhecimento, da qual passamos a analisar.

3. Teoria do Reconhecimento em Axel Honneth

De início, pontua-se que pretende-se apresentar ao leitor uma breve introdução acerca dos conceitos fundamentais da “Teoria do Reconhecimento” de Axel Honneth. Isso significa, dentre outras coisas, que não desenvolveremos nenhuma tese específica acerca desta teoria, tampouco apresentaremos críticas ou análises profundas acerca desta racionalidade.

Ao contrário, pretende-se, tão-somente, reconstruir, de forma simples e clara, os argumentos centrais da teoria do reconhecimento, para embasar o enfrentamento do tema central: a luta por reconhecimento dos trabalhadores toxicodependentes.

Assim sendo, primeiramente, é importante destacar que “é conferido o status filosófico ao conceito de reconhecimento a partir da obra: ‘A Dialética do Senhor e do Escravo’ na Fenomenologia do Espírito de Hegel⁶. Contudo, é Axel Honneth, expoente da teoria crítica da Escola de Frankfurt, que difunde a “Teoria do Reconhecimento”, em dois momentos distintos.

Em um primeiro momento, Honneth procurou demonstrar as insuficiências da versão da teoria crítica desenvolvida por Jürgen Habermas, que, em suma, tenta reestabelecer o patamar civilizatório da razão com base do paradigma comunicacional, sem considerar a intersubjetividade social na qual as instituições estão inseridas, razão pela qual sua teoria seria falha.

Em um segundo momento, “Honneth desenvolve sua teoria da razão tendo como ponto de partida o conceito hegeliano de luta por reconhecimento”⁷, no intuito de demonstrar principalmente que uma teoria crítica da sociedade deveria estar preocupada em interpretar a sociedade a partir de uma categoria, isto é, do reconhecimento.

6 ASSY, Bethânia; FERES JÚNIOR, João. **Reconhecimento**.

7 RICOEUR, Paul. **Percursos do reconhecimento**. p. 34.

SOBOTKA, Emil A.. **Liberdade, reconhecimento e emancipação - raízes da teoria da justiça de Axel**, p.34.

Destaca-se que a palavra reconhecimento correspondente a tradução da palavra *Anerkennung*, em alemão, e não possui o mesmo sentido da língua portuguesa.

Bethânia Assy e João Feres⁸ definem que “o conceito filosófico de reconhecimento não significa simplesmente a identificação cognitiva de uma pessoa, mas sim, tendo esse ato como premissa, a atribuição de um valor positivo a essa pessoa, algo próximo do que entendemos por respeito”.

Ainda na tentativa de compreender o significado da palavra reconhecimento, Charles Taylor⁹ pontua que para compreender o conceito de reconhecimento é preciso compreender os conflitos e demandas da humanidade, especialmente nos casos de movimentos nacionalistas, de conflitos culturais e religiosos, nas causas feministas e nas lutas das minorias políticas. Sua tese é de que “nossa identidade é em parte formada pelo reconhecimento ou pela falta dele”¹⁰, isto porque nos definimos pelo outro.

Já Paul Ricoeur¹¹ também pontua que ‘o reconhecimento’ vai além da simples identificação e até a gratidão, ou seja, não é apenas uma cortesia que nós devemos às pessoas.

Mas é em Axel Honneth, em sua obra “Luta por Reconhecimento”¹², que a sistematização de uma teoria do reconhecimento ocorre.

Honneth fundamenta a teoria do reconhecimento a partir do jovem Hegel, sustentando que além dos fenômenos políticos a luta por reconhecimento ultrapassa a questão da autoconservação, como sustenta a filosofia maquiaveliana-hobbesiana, por exemplo, concentrando-se na questão não utilitarista, mas sim moral, conforme analisa Araújo Neto¹³.

Este é o grande avanço teórico trazido por Honneth. Ao supor que o fundamento da teoria do reconhecimento é a experiência do desrespeito, ou seja, o não reconhecimento, Honneth fixa que a luta por reconhecimento “é a fonte emotiva e cognitiva de resistência social e de levantes coletivos”.¹⁴

Portanto, luta social ou luta por reconhecimento seria “o processo prático no qual experiências individuais de desrespeito são interpretadas como experiências cruciais típicas de um grupo inteiro, de forma que elas podem influir, como motivos diretores da ação, na exigência coletiva por relações ampliadas de reconhecimento”.¹⁵

8 ASSY, Bethânia; FERES JÚNIOR, João. **Reconhecimento**. p. 705.

9 TAYLOR, Charles. **The politics of recognition**.

10 TAYLOR, Charles. **The politics of recognition**. p. 25-73.

11 RICOEUR, Paul. **Percursos do reconhecimento**. p. 23.

12 HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**.

13 ARAÚJO NETO, José Aldo Camurça de. **A categoria “reconhecimento” na teoria de Axel Honneth**, p. 78.

14 HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. p.257.

15 HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. p. 58.

Assim sendo, as lutas por reconhecimento ganham outra dimensão, passando a ser o alicerce para o progresso social, o que reflete no Direito, que é produto da dialética, da tensão.

É preciso ainda destacar que a teoria do reconhecimento honnethiana classifica as formas de reconhecimento em dimensões, sendo elas: o amor, o direito e a solidariedade.

O reconhecimento a partir do amor ocorre quando o sujeito tem sua subjetividade psíquica desrespeitada, e, por confiar em si mesmo, ou seja, ao identifica-se como sujeito e acreditar em suas possibilidades, consegue enfrentar este desrespeito, o que lhe permite a auto-realização.

Já na esfera do direito, a luta por reconhecimento ocorre após a individualização do sujeito, que passa a ser reconhecido como sujeito de direito, e havendo privação destes direitos, inicia-se a luta por reconhecimento.

Pontua-se também que ao haver a individualização do sujeito de direito, autônomo e moralmente imputável, a obrigação de respeito ao direito surge, o que reafirma o reconhecimento.

Na esfera da solidariedade, a teoria do reconhecimento define que a luta por reconhecimento está vinculada de tal forma a uma vida em comunidade. Neste contexto é que Honneth cita a esfera do trabalho como “ambiente no qual os indivíduos poderiam mostrar-se valiosos para a coletividade”.¹⁶

Neste campo, a luta por reconhecimento inicia-se com a “degradação moral” e a “injúria”.¹⁷ Ou seja, aqui a experiência do desrespeito é encontrada na degradação da autoestima coletiva, havendo a privação da possibilidade de desenvolver-se em comunidade.

Honneth¹⁸ classifica ainda estas formas de desrespeito como patologias, servindo a teoria do reconhecimento como indicador dos sintomas que os atores sociais atingidos por esta patologia deixam transparecer.

Finalmente, é preciso pontuar que, em meio aos que sofreram os efeitos desta ‘patologia,’ ou seja, os ‘não reconhecidos’, a figura do ‘líder’ do ‘eu forte’ é necessária para que o motim ocorra, e, portanto, estará sempre presente na luta por reconhecimento.

Isto porque, em determinado momento, frente ao ‘não reconhecimento’, um integrante da parcela social que sofre esta ‘patologia’ inicia o questionamento que é o mote da luta por reconhecimento. Ou seja, a frustração é que deflagra a batalha por reconhecimento.

16 ARAÚJO NETO, José Aldo Camurça de. **A categoria “reconhecimento” na teoria de Axel Honneth**, p.142.

17 HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**, p. 67

18 HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**, p. 70-75.

Isto posto, é sob o paradigma das dimensões de reconhecimento elaboradas por Honneth que analisaremos a luta por reconhecimento dos trabalhadores toxicodependentes, que, ao terem o direito humano ao trabalho atacado pela patologia do ‘não reconhecimento’, lutam por este reconhecimento.

4. Direito ao Trabalho e Direitos Efetivos no Trabalho como Direito Humano Universal

Antes de enfrentar a questão do desrespeito ao direito humano universal ao trabalho, bem como antes de fixar parâmetros pelo reconhecimento deste direito face a categoria de trabalhadores toxicodependentes, é preciso fixar o direito ao trabalho como direito humano universal.

Para falar de direito humano ao trabalho é preciso ultrapassar a figura do trabalho como desrealizador, tal como reduzido pela modernidade capitalista, sob pena de torna inócua a discussão acerca da dignificação pelo trabalho.

Certo é que diversos sociólogos e filósofos críticos de qualquer elogio ao trabalho devem ser citados, como Benjamin¹⁹, Habermas e Dejours²⁰, que tratam o trabalho como forma de alienação capitalista, objetivante e desrealizador, apresentando em suas teorias horizontes aparentemente inexecutável.

Contudo, a (re)construção do paradigma do trabalho, como direito humano, parte do pressuposto de que o trabalho não significa, simplesmente a objetivação e a alienação do homem, mas, sim, o trabalho decente, vivo e não alienado, importando na realização do sujeito, bem como possibilitando sua (re)inserção social.

Fábio Konder Comparato²¹ afirma ser o direito ao trabalho “a pedra angular da construção de uma verdadeira sociedade democrática”.

Neste contexto, a interpretação de Marx feita por Enrique Dussel²² é chave para a compreensão da não identidade entre trabalho vivo (trabalho como não capital) e trabalho objetivado (trabalho como capital), senão vejamos.

El trabajo, puesto como no-capital en cuanto tal, es: 1) Trabajo noobjetivado, concebido negativamente... el trabajo vivo, existente como abstracción de estos aspectos de su realidad real; este despojamiento total, esta desnudez de toda objetividad, esta existencia puramente subjetiva del trabajo. El trabajo como pobreza absoluta: la pobreza no como acrencia,

19 Benjamin **A Modernidade e os Modernos**.

20 DEJOURS, Jacques Christophe. *A loucura do trabalho*: estudo de psicopatologia do trabalho.

21 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 345.

22 DUSSEL, **Hacia um Marx desconocido: un comentario de los manuscritos del 61-63**..

sino como exclusión plena de la riqueza objetiva... um a objetividad que coincide con su inmediata corporalidad... 2) Trabajo noobjetivado: no-valor, concebido positivamente... como actividad... como la fuente viva del valor... No es en absoluto una contradicción afirmar, pues, que el trabajo por un lado es la pobreza absoluta como objeto, y por otro es la posibilidad universal de la riqueza como sujeto y como actividad; o más bien, que ambos términos de esta contradicción se condicionan mutuamente y derivan de la esencia del trabajo, ya que éste, como ente absolutamente contradictorio con respecto al capital, es un presupuesto del capital y, por otra parte, presupone a su vez al capital.²³

Ou seja, há sim um trabalho já subsumido pelo capital, alienado, ao qual não se deve conferir o status de direito humano. Contudo, há também uma subjetividade corporal do trabalhador que, enquanto trabalho vivo, sua existência de nenhuma forma é uma determinação do capital.

Reside aí o trabalho como direito humano, e é sob este paradigma que trabalharemos o trabalho como direito humano universal, e uma vez já definidos os contornos do que são direitos humanos universais, é preciso destacar que o trabalho e/ou o direito ao trabalho é protagonista na seara dos direitos humanos.

A Declaração Universal de Direitos Humanos, datada de 1948, no primeiro parágrafo do artigo 23, proclama o direito ao trabalho como direito fundamental, ao definir que: “toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de seu trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

O Pacto dos Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificada pelo Brasil em 1992, em seu artigo 6º, reconhece o direito ao trabalho como direito humano, ao prever que à toda pessoa deve ser assegurado o acesso ao trabalho livre assim como a proteção à sua manutenção.

Também a Organização Internacional do Trabalho – OIT - reafirma o trabalho como direito humano dignificador e não alienado.

Ao dispor, em sua Convenção 122 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, ratificada pelo Brasil com o Decreto Legislativo 61, de 30.11.1966 e incorporada ao direito interno pelo Decreto 66.499, de 27.04.1970, que o trabalho é direito de todas as pessoas disponíveis e em busca de trabalho; pontuando que o trabalho seja o mais produtivo possível; que seja possível a livre escolha de emprego, devendo ser assegurado a todo trabalhador possibilidades de adquirir e de utilizar, neste emprego, suas qualificações, assim como seus dons, vendando qualquer tipo de discriminação, a OIT reafirma o trabalho como direito humano universal.

23 Marx, *apud*, DUSSEL, **La producción teórica de Marx: un comentario a los Grundrisse**, México, p. 138-139 e 336.

Há que se falar também do direito humano ao trabalho digno, o que implica ao respeito aos direitos trabalhistas e a dignidade do trabalhador na relação de emprego.

Quando Honneth trata da relação entre sujeitos contrapostos, ele as denomina uma interação de “desigualdade”. Assim, quando um dos sujeitos é lesado sua reação é fazer com que seu opositor tome consciência dele, levando-o a conhecer o saber intersubjetivo que possui de si mesmo. Desta forma, ele revela ao seu contraposto que ele não possui exatamente este saber de si mesmo, já que sua ação não teve consentimento intersubjetivo.²⁴

Essa relação entre desiguais, no contexto da relação de emprego mostra que a reação do lesado, quase sempre o trabalhador, não é motivada tão somente pela ofensa ou pela tomada da posse em si, mas pelo fato de o empregador que o lesou não ter percebido, ou ter ignorado, a sua condição.

Desta forma, diante desta construção teórica, é preciso compreender a responsabilidade social da empresa ou do empregador no contexto da relação de emprego, mediante a qual ela deve reconhecer seus empregados, respeitando-o enquanto trabalhador dotado de dignidade e direitos e acolhendo-o nos momentos de dificuldade.

Em sendo o conflito algo intrínseco ao contexto da relação capital – trabalho, parece crível, adequada e necessária a afirmação da incondicionalidade moral da vontade do trabalhador, objetivando tornar sua pessoa merecedora de reconhecimento por parte de seu empregador.

Quando um indivíduo se vê lesado ou atingido de certa forma por outro indivíduo, e comete em represália um ato destrutivo contra o mesmo, não está reagindo por medo da ameaça atual e futura que representa este sujeito, mas sim porque suas expectativas de reconhecimento por parte do outro não foram atendidas. Aqui se percebe o fundamental da argumentação hegeliana, de acordo com Honneth, que é o fato de que nas relações de interação entre os sujeitos está subentendida a expectativa de reconhecimento pelos outros sujeitos. O sujeito lesado reage por se ver ignorado em sua condição pelo outro sujeito, por não se ver de qualquer forma conhecido pelo outro, e não porque quer aumentar seu poder relativo ou satisfazer suas necessidades sensíveis.²⁵

Assim, a empresa ou o empregador, na prática cotidiana de restrições e desrespeito aos direitos humanos mínimos dos trabalhadores, acaba impedindo o sujeito de ver seu direito de igualação perante o próximo e perante o seu contraposto efetivado, levando-o a

24 RAVAGNANI, Hebert Barucci. **Luta por reconhecimento: a filosofia social do jovem Hegel segundo Honneth**. Kínesis, vol. I, n. 01, Março, 2009, p. 48-49.

25 RAVAGNANI, Hebert Barucci. **Luta por reconhecimento: a filosofia social do jovem Hegel segundo Honneth**. Kínesis, vol. I, n. 01, Março, 2009, p. 47.

um sentimento de exclusão social, como se existisse um direito para os ricos e outro para os pobres.

Logo, uma vez violado o direito humano ao trabalho, presentes estarão as ‘patologias’ definidas por Honneth, em suas dimensões da teoria do reconhecimento, mote da presente discussão.

Ou seja, quando o trabalhador dependente químico sofre o ataque das patologias descritas pela teoria do reconhecimento, o ‘eu forte’ terá o motivo necessário à luta por reconhecimento, como se enfrentará logo após uma breve digressão acerca da dependência química no mundo do trabalho.

5. O Trabalhador Toxicodependente e as Formas de Não Reconhecimento

Uma prévia e breve digressão acerca dos conceitos de dependência química é necessária para a discussão acerca das formas de ‘não reconhecimento’ na esfera da categoria dos trabalhadores toxicodependentes, especialmente no que tange ao desrespeito ao direito humano ao trabalho, para que assim seja possível enfrentar o problema central da presente análise.

De início, é preciso definir o termo ‘dependente químico’ para fins da presente discussão.

A dependência química, no contexto desta pesquisa, refere-se à dependência de drogas ilícitas, cujos sintomas cognitivos são: comportamentais e fisiológicos que indicam que o indivíduo necessita do consumo de droga para sobrevivência,²⁶ nos termos da definição trazida pela Organização Mundial da Saúde.

Já o termo ‘droga’, será a aqui tratado como sendo substâncias ilícitas, visto que não controladas pelo Estado, capazes de alterar as funções cerebrais do indivíduo, seja para lhe proporcionar um aumento forçado da capacidade de concentração, colocando-lhe em um estado de alerta exagerado, sejam aquelas alucinógenas, capazes de alterar todo o estado de consciência do dependente, conforme define a Organização Mundial da Saúde²⁷.

Cabe ressaltar que a questão da dependência química é fonte de consideráveis controvérsias. A noção de dependência como enfermidade já vem sendo questionada há algumas décadas e no século XXI tornou-se alvo de acirradas discussões ao ser posta como enfermidade no contexto da relação de trabalho.

Contudo, certo é que, desde os anos 2000, a Organização Mundial da Saúde - OMS²⁸ considera a dependência química como uma doença e recomenda que as autoridades

26 OMS. **Informações sobre drogas**. p.23.

27 OMS. **Informações sobre drogas**. p.31.

28 OMS. Relatório Mundial de Saúde.

encarem o assunto como questão de saúde pública. Mas, apenas nos últimos trinta anos esta dependência química passou a ser realmente tratada na esfera do Direito como uma doença, com sintomas e sinais bem definidos.

Segundo dados de 2010 da OMS²⁹ aproximadamente 2 bilhões de pessoas consomem drogas. Seu uso indevido é um dos principais fatores que contribuem para a diminuição da saúde mundial, sendo responsável por 3,2% de todas as mortes e por 4% de todos os anos perdidos de vida útil. Quando esses índices são analisados em relação à América Latina, o uso de drogas assume uma importância ainda maior. Cerca de 16% dos anos e vida útil perdidos neste continente estão relacionados ao uso indevido de drogas, índice quatro vezes maior do que a média mundial.

No Brasil, as regiões mais atacadas pelo consumo de drogas, e, portanto, pela dependência química, são as regiões Sudeste e Nordeste³⁰, no percentual de 24,5% 27,6% por cento da população, respectivamente.

Certo é que a questão da dependência química permeia, hodiernamente, todas as esferas sociais. Enquanto na esfera da educação a preocupação se foca no contexto da prevenção, na esfera das políticas de saúde, o foco está na recuperação dos que foram acometidos por esta enfermidade, como bem classifica a Organização Mundial de Saúde³¹.

Na esfera do trabalho não é diferente, a dependência química tanto impede o acesso ao trabalho, quanto impede sua manutenção. Isto porque o trabalhador químico-dependente é gravemente discriminado e impedido de ter acesso aos postos de trabalho, lhes restando os trabalhos precários, alienados. Já quando o acesso ao trabalho lhes é concedido, a sua manutenção é difícil, tendo em vista que a dependência química ainda é vista pela sociedade como transgressão.

Segundo o Relatório Brasileiro sobre drogas, na região Sudeste, “o afastamento do trabalho em decorrência da dependência química chega a ‘0,5% ou mais’ da população de trabalhadores ativos³²”, índice alarmante considerando que a população de trabalhadores ativos na região Sudeste supera 41 milhões de pessoas³³.

Nas empresas, o abuso de substâncias tem sido associado a acidentes, absentismo e perda de produtividade. Por esta razão, o alcoolismo é a origem de custos para os diferentes setores da atividade econômica e para a comunidade, da ordem de milhões de dólares.

29 LARANJEIRA, Ronaldo; PINSKY, ILana; ZALESKI, Marcos; CAETANO, Raul. I levantamento nacional sobre os padrões de consumo de álcool na população brasileira. p. 23

30 Brasil. Relatório brasileiro sobre drogas, p.19

31 Brasil. <http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.f79htm>

32 Brasil. Relatório brasileiro sobre drogas, p.23

33 <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme/pmemem2.shtm>

A OIT em estudo intitulado ‘Problemas ligados a álcool e drogas no local de trabalho: uma evolução para prevenção’³⁴ analisou que cerca de 40 por cento dos acidentes de trabalho envolvem trabalhadores que consomem drogas; que os trabalhadores químico-dependentes tendem a ausentar-se do trabalho sem autorização e a faltarem ao trabalho mais frequentemente do que os outros trabalhadores.

Ainda segundo este estudo, um importante fabricante de automóveis, cujo o nome não foi revelado, verificou que os trabalhadores que consomem drogas apresentavam padrões regulares de absentismo às segundas-feiras.

A propósito, a OIT³⁵, neste mesmo estudo, descreve que:

Os vários problemas relacionados como o álcool e outras drogas no local de trabalho, que se estima custarem milhões de dólares todos os anos, fazem parte de um conjunto de assuntos relacionados com a saúde dos trabalhadores, o bem-estar e a segurança, a produtividade nos locais de trabalho e a responsabilidade civil.

Pontua-se que Dejours³⁶ já destacou que as contradições da relação entre capital e trabalho são os motivos que conduzem ao adoecer do trabalhador e ao sofrimento físico, psíquico e emocional, razões pelas quais podem desencadear a dependência química do trabalhador, por exemplo.

Não obstante, não analisaremos no momento a causa da dependência química ora tratada, ou seja, se o trabalho poderia ou seria a causa da dependência química, questão que necessita de outro estudo mais específico.

Certo é que, sem o tratamento adequado, a dependência química no meio do trabalho leva a destruição gradativa do trabalhador, atingindo sua vida pessoal, familiar, profissional e social.

Em função disto, muitas são as instituições junto à sociedade civil que têm se proposto a desenvolver um trabalho de assistência e tratamento dos químico-dependentes: grupos anônimos, clínicas ou casas de recuperação, hospitais, etc..

O próprio órgão de previdência social brasileiro já concede ao trabalhador auxílio doença para tratamento da dependência de drogas³⁷.

No entanto, as limitações ao reconhecimento da categoria dos trabalhadores dependentes químicos é algo a ser perseguido, como passemos ao debate acerca das

34 OIT. Problemas ligados a álcool e drogas no local de trabalho: uma evolução para prevenção. 2008. p.38

35 OIT. Problemas ligados a álcool e drogas no local de trabalho: uma evolução para prevenção. 2008. p.8.

36 DEJOURS, Jacques Christophe. *A loucura do trabalho*: estudo de psicopatologia do trabalho

37 Notícia obtida no sítio eletrônico do Instituto Nacional do Seguro Social, disponível em: [SS.http://www1.previdencia.gov.br/agprev/agprev_mostraNoticia.asp?Id=49396&ATVD=1&xBotao=2](http://www1.previdencia.gov.br/agprev/agprev_mostraNoticia.asp?Id=49396&ATVD=1&xBotao=2). Acesso em 20/11/2013.

condutas praticadas contra o direito ao trabalho face a categoria de trabalhadores dependentes químicos.

6. Do Não Reconhecimento do Direito ao Trabalho aos Trabalhadores Tóxico-dependentes

Como já visto, o direito ao trabalho é direito humano com pretensão de validade universal e, quando atacado, poderá deflagrar a luta por reconhecimento.

Neste contexto, em razão das diversas dificuldades de executar o contrato de trabalho; tendo em vista os diversos sintomas e reflexos da dependência química, os trabalhadores químico-dependentes são expostos a um processo de negação de direitos, e, portanto, de exclusão social, 'não reconhecimento', ao perderem seu trabalho em razão da dependência química, ou, em razão da dificuldade de inserção no mercado de trabalho, seja durante a dependência química, seja após o retorno do tratamento.

No que tange ao não reconhecimento do direito universal ao trabalho, durante o contrato de trabalho, citemos o indivíduo, dependente químico, que, conforme dados da OIT³⁸, tende a chegar ao trabalho mais tarde e a sair mais cedo do trabalho em comparação aos outros trabalhadores não dependentes químicos.

Quando isso ocorre, haverá maior sobrecarga de trabalho para os trabalhadores não químico-dependentes, para compensar a menor produtividade dos trabalhadores químico-dependentes que faltaram ao trabalho, o que, em regra, por motivos individuais ou por ausência do coletivismo, gera queixas e conflitos, seja por parte dos trabalhadores não químico-dependentes, seja pelo empregador.

A consequência disso é, além da maior pressão sob o dependente químico, o que, por certo o levará ao consumo maior de drogas, a possibilidade de dispensa deste trabalhador.

Ou seja, neste caso, o trabalho é subsumido pelas necessidades do capital, assim como a conduta humana, pois o trabalhador que não sofre de dependência química, ao ser pressionado por mais trabalho, volta-se contra seu par.

Neste contexto, Dejours³⁹ brilhantemente expõe:

Hoje o grande palco do sofrimento nas sociedades neoliberais é certamente o do trabalho. Nas empresas, cada vez mais adotam-se métodos de gestão que questionam as conquistas sociais, lançam mão da ameaça e apóiam-se na precarização do emprego para obter dos trabalhadores produtividade, disponibilidade e abnegação sempre maiores. Com base nos

38 OIT. **Problemas ligados a álcool e drogas no local de trabalho: uma evolução para prevenção**, p.36

39 DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**, p. 35-80.

conceitos de banalidade do mal e de distorção comunicacional, o autor descreve um processo que funciona como uma armadilha: a aceitação do sofrimento e das pressões no trabalho mediante a adoção de estratégias coletivas de defesa. A adoção dessas estratégias permite-lhes continuar a participar do sistema, mas, paradoxalmente, acabam por precarizar não somente o emprego, mas toda a condição social e existencial - desdramatizando o mal, atenuando as reações de indignação e a mobilização coletiva para a ação em prol da solidariedade e da justiça.

Assim sendo, o trabalhador dependente químico, em razão do não reconhecimento do seu indivíduo como sujeito enfermo, como define Honnet⁴⁰ em sua primeira classificação, sofre violação ao seu direito ao trabalho, direito humano universal, mote da luta por reconhecimento.

Contudo, isso ocorre no contexto em que o trabalho é subsumido pela capital, pois, caso contrário, redes de solidariedade propiciariam o reconhecimento do problema social e não o negariam.

Outro contexto de desrespeito ao direito ao trabalho ocorre quando o trabalhador, dependente químico, ausenta-se do trabalho em razão de crises de abstinência, ou, em razão de internações para tratamento da dependência química.

Nestes casos, o direito ao trabalho é violado, mas, em tese, legitimamente, pois o trabalhador terá os dias de falta descontados, ou, será dispensado por justa causa caso a ausência no trabalho ocorra por mais de trinta dias, conforme autorizada o artigo 482⁴¹, alínea ‘i’, da CLT.

Ainda pior do que esta violação ocorre quando o trabalhador dependente químico é dispensado por justa causa, valendo-se o empregador, por analogia do disposto na alínea ‘f’⁴² do citado artigo da CLT, como ocorreu neste caso:

EMENTA: 1. Conforme estabelece o art. 482, “b”, da CLT constitui justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador a constatação de mau procedimento do empregado. 2. “In casu”, a decisão regional considerou não haver prova robusta a embasar a demissão motivada, pois, embora a evidência dos fatos trazidos pela análise das imagens por perito do juízo, não teria havido comprovação efetiva de prática de ato

40 HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**, p. 45.

41 Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

[...]

i) abandono de emprego.

42 Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

[...]

f) embriaguez habitual ou em serviço;

ilícito no ambiente de trabalho a justificar sua demissão por justa causa. **3. Ora, dos elementos fáticos e do conjunto probatório delineados no acórdão regional se percebe nitidamente o enquadramento da conduta obreira na alínea “b” do art. 482 da CLT, uma vez que se evidenciou consumo de substância entorpecente em intervalo para refeição e descanso no estabelecimento da Reclamada. Recurso da Reclamada provido.** (TST. RR 93500-64.2009.5.03.0142. 7ª Turma. Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho. Publicado no DEJT em 25/05/2012) (grifo nosso)

Ou seja, aqui a violação ao direito humano ao trabalho estaria, em tese, legitimada, mas somente em tese, pois é preciso uma (re)interpretação de todas as normas trabalhistas com base nos direitos fundamentais e nos direitos humanos do trabalhador, o que evitaria esta conduta.

Finalmente, outro contexto em que o trabalhador químico-dependente vê seu direito ao trabalho violado se perfaz quando, ao término do tratamento contra a dependência química, o trabalhador, recuperado, se vê diante de outro desafio: o retorno ao meio sócio-familiar e ao mundo do trabalho, o que é, inclusive, decisivo para o seu não retorno ao uso de drogas.

Ocorre que, na maioria dos casos, o trabalhador “recuperado” já possui a pecha de ‘dependente químico’, no sentido transgressor da palavra; bem como possui um histórico previdenciário de afastamento por dependência química, passado então a figurar à margem do mundo do trabalho, não lhe sendo reconhecido, ou lhe sendo negado, o direito ao emprego.

Assim sendo, em todos os casos delineados, tanto o direito humano e universal ao trabalho não é reconhecido, quanto a necessidade de proteção da categoria de trabalhadores químico-dependentes, e por esta razão, esta categoria de trabalhadores agora luta por reconhecimento, com base na teoria do reconhecimento de Axel Honneth, como se verá a seguir.

7. Da Luta por Reconhecimento Perante o Poder Judiciário Trabalhista

Na atualidade, o cenário da luta por reconhecimento dos trabalhadores dependentes químicos é, no Brasil, essencialmente, no Judiciário, seja pelo fato da sociedade brasileira ainda não enfrentar a questão da dependência química como se deve, seja pelo fato do Poder Judiciário estar na centralidade e no monopólio dos meios de solução de conflitos.

Portanto, eclodida a luta por reconhecimento, resta ao trabalhador químico-dependente, que “sofrera os sintomas das patologias oriundas das experiências de desrespeito”⁴³

43 SAAVEDRA, Giovanni Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. **Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth.** p. 14

recorrer ao Poder Judiciário, por não encontrar apoio em outro poder estatal, até mesmo porque a sociedade se nega a ser solidária.

Pontua-se ainda que a luta por reconhecimento, nesta esfera do poder, ocorre sempre quando o desrespeito já instaurou-se, ou seja, as demandas são sempre reparatórias, e, nunca, ou quase nunca, preventivas.

Os trabalhadores químico-dependente que tiveram seu direito humano e universal ao trabalho não reconhecido, em regra, obtêm êxito na luta por reconhecimento, perante o Poder Judiciário, no Brasil, seja em razão dos princípios norteadores do Direito do Trabalho brasileiro, seja em razão da mudança de paradigma que enfrenta a Justiça do Trabalho no Brasil.

Ou seja, tendo em vista que o Direito do Trabalho brasileiro tem por essência o respeito ao trabalhador não-objeto, e, por dever, a proteção do trabalho, o juiz do trabalho, ao analisar as novas demandas que batem às portas do Estado, possui maior liberdade para enfrentar novas questões, em razão da superação do positivismo puro, ou seja, da razão cega⁴⁴.

Assim sendo, com base nos princípios do Direito do Trabalho o juiz do trabalho inserido no contexto de direitos humanos universais, e, com foco no paradigma da dignidade da pessoa humana, efetiva a luta por reconhecimento, ao reconhecer à categoria demandante o que lhe foi pleiteado.

Exemplos disso estão nas decisões proferidas pelo Tribunal Regional Goiano, no ano de 2013:

EMENTA: NULIDADE DA RESCISÃO CONTRATUAL. EMPREGADO DEPENDENTE QUÍMICO. Não obstante a possibilidade de a empregadora rescindir o contrato de trabalho sem motivação, no caso em apreço restou claramente demonstrado que a despedida fora abusiva. Restaram desconsiderados, acima de tudo, a função social da empresa e o princípio da razoabilidade, autorizando, pois, a declaração de nulidade. Recurso improvido. (TRT18, RO-0002087-17.2011.5.18.0001, Rel. Geraldo Rodrigues Do Nascimento, 3ª Turma, Publicado no DeJT 27/06/2013)

Ou seja, a luta dos trabalhadores químico-dependentes, em busca do reconhecimento do direito humano ao trabalho, já alcança resultados positivos, pois, a punição disciplinar, antes incontestável, perde lugar para o tratamento médico, como deve ser.

Assim com o reconhecimento do direito humano ao trabalho desta categoria de trabalhadores, no Judiciário, além de proteger o sujeito de direito, permite que este se realize

⁴⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: novo paradigma de legitimação**, p. 34-44.

autonomamente, bem como cria o sentimento de solidariedade, seja na mesma categoria (a categoria dos químicos-dependente), seja em toda a sociedade, conforme pretende a teoria do reconhecimento de Axel Honneth.

Além disso, o êxito da luta pelo reconhecimento do direito humano ao trabalho, na categoria dos químicos-dependente, comprova que o trabalho é sim meio de emancipação e de (re) inserção social, embora o caminho para o reconhecimento pleno seja longo!

8. (Re) Inserção Social dos Trabalhadores Toxicodependentes sob o Prisma da Teoria do Reconhecimento

Diante do tudo que fora exposto, indubitavelmente, o “trabalho vivo”⁴⁵ é meio de emancipação do indivíduo e direito humano universal, servindo a teoria do reconhecimento de Axel Honneth de base de sustentação para a luta por (re)inserção social dos trabalhadores dependentes químicos, por meio do direito ao trabalho.

Contudo, como mesmo pontua Honneth⁴⁶ nunca estiveram tão escassos como hoje os esforços para garantir um conceito emancipatório e humano de trabalho.

Além disso, a sociedade brasileira ainda não engajou-se na luta por reconhecimento da categoria dos dependentes químicos, tampouco sensibilizou-se para esta questão na esfera do trabalho.

No entanto, há esperança! Conforme pontua Castell⁴⁷, “o trabalho continua sendo uma referência não só economicamente, mas também psicologicamente, culturalmente e simbolicamente dominante, como provam as reações dos que não o têm”.

Destaca-se que, ao tratar na teoria do reconhecimento na esfera do trabalho, Honneth⁴⁸, faz uma distinção entre a “crítica externa ao trabalho e a crítica imanente⁴⁹”.

A crítica é externa relaciona-se ao objeto criticado, na medida em que apresentam estruturas que não podem ser aplicadas generalizadamente a todos os tipos de trabalhos necessários á economia. Portanto, para haver reconhecimento na esfera do trabalho é preciso que o fato social, para o qual se busca reconhecimento, seja amplo e generalizado.

Já a crítica imanente relaciona-se à troca social, compreendendo-se o trabalho próprio como contribuição para a divisão social do trabalho, e a esfera capitalista de trabalho como incumbida de cumprir uma função de integradora da sociedade, e não apenas de

45 MACIEL, Fabrício. TORRES, Roberto. **Trabalho, reconhecimento e democracia: aplicando teorias de vanguarda ao contexto periférico**, p.193.

46 HONNETH, Axel. **Trabalho e Reconhecimento: Tentativa de uma redefinição**.

47 CASTEL, Robert. **Metamorfoses da questão social**, p.15.

48 HONNETH, Axel. **Trabalho e Reconhecimento: Tentativa de uma redefinição**, p. 23 – 40.

49 HONNETH, Axel. **Trabalho e Reconhecimento: Tentativa de uma redefinição**, p. 23 – 40.

incrementadora da eficiência econômica, devendo a ideia de trabalho decente, dotado de sentido, estar inserida nas estruturas de produção social.

Ou seja, Honneth⁵⁰ critica Marx em razão do posicionamento marxista reducionista da dimensão da autorrealização no trabalho, bem como porque ele nunca entendeu a luta de classes, centro de sua teoria, como uma forma moralmente motivada.

Assim para Honneth⁵¹, o modo unilateral como Marx tratou o conflito, adotando um modelo utilitarista de conflito social, seria o seu problema, pois, ao não considerar formas positivas de trabalho como causas da luta por reconhecimento e como promovedoras do desenvolvimento humano, a luta de classes não pode ser mais tomada como uma luta por reconhecimento, senão que apenas por autoafirmação econômica, o que não o é na teoria do reconhecimento de Axel Honneth.

Aliás, Hegel⁵², fonte da teoria de Marx e Honneth, já assim havia afirmado ao dizer que o trabalho é uma forma de se obter reconhecimento:

§ 183 – Na sua realização assim determinada pela universalidade, o fim egoísta é a base de um sistema de dependências recíprocas no qual a subsistência, o bem-estar e a existência jurídica do indivíduo estão ligados à subsistência, ao bem-estar e à existência de todos, em todos assentam e só são reais e estão assegurados nessa ligação. Pode começar por chamar-se a tal sistema o Estado extrínseco, o Estado da carência e do intelecto.

Destarte, o mundo do trabalho não deve ser compreendido como um espaço neutro, de interesses autorregulados, mas sim como uma dimensão da vida social em que elementos morais são presentes, e, portanto, por meio da luta por reconhecimento a (re)inserção social pelo trabalho é possível.

Resta claro que “o trabalho é forma legítima de integração social”⁵³ e, justificado o aspecto moral que o ancora, resta incontestável seu papel de fundador da dignidade do sujeito e de formador de sua identidade.

Como já observado, “a formação da autoestima se dá com a percepção de que a contribuição de alguém é significativa na reprodução da sociedade”⁵⁴. E assim é no mundo do trabalho.

50 HONNETH, Axel. **Trabalho e Reconhecimento: Tentativa de uma redefinição**, p. 23 – 40.

51 HONNETH, Axel. **Trabalho e Reconhecimento: Tentativa de uma redefinição**, p. 23 – 40.

HONNETH, Axel. **Trabalho e Reconhecimento: Tentativa de uma redefinição**, p. 40-43.

52 HEGEL, George Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**, p. 168.

53 MACIEL, Fabrício. TORRES, Roberto. **Trabalho, reconhecimento e democracia: aplicando teorias de vanguarda ao contexto periférico**, p. 186.

54 MACIEL, Fabrício. TORRES, Roberto. **Trabalho, reconhecimento e democracia: aplicando teorias de vanguarda ao contexto periférico**, p. 186.

Desta forma, compreendendo-se o reconhecimento como as medidas pelas quais se efetiva a dignidade do indivíduo, é também no âmbito do trabalho que o sujeito desenvolve a sua autoestima, ambiente este formador de sua identidade e dignidade.

Portanto, reconhecer o direito humano ao trabalho ao trabalhador químico-dependente, tratando esta nova demanda social no viés da proteção e da recuperação do trabalhador, é reconhecer a própria dignidade e propiciar-lhes a (re)inserção social por meio do trabalho.

Neste contexto, a empresa também ocupa importante papel na (re)inserção social do trabalhador toxicodependente, não só em termos de acesso ao emprego, mas, também mediante a oferta de meios de manutenção do emprego aliados a tratamento da enfermidade da dependência química.

A Empresa Brasileira da Aeronáutica – Embraer – é pioneira na criação de programas de combate à dependência química dos trabalhadores. Criado em 1999, o denominado ‘Programa de Controle e Recuperação do Dependente Químico’, o projeto da EMBRAER promove campanhas internas, promovidas por médicos do trabalho e psicólogas, que incentivam a busca por tratamento de conscientização dos riscos da dependência química no ambiente de trabalho⁵⁵.

A relevância deste investimento pela empresa reflete na produtividade. Dados American Management Association- da AMA mostram que 65% dos acidentes de trabalho nos Estados Unidos estão ligados ao uso de álcool e de outras drogas e que o custo anual, somando perdas patrimoniais, acidentes de trabalho, baixa produtividade e despesas médicas, entre outros fatores que envolvem usuários de drogas, foi de US\$ 180 bilhões nos Estados Unidos em 2013. No Brasil, projeções da associação americana chegam a cerca de US\$ 19 bilhões⁵⁶.

Por outro lado, os programas de combate e prevenção do uso de drogas não demandam altos investimentos. Dados do Banco Interamericano de Desenvolvimento- BID- mostram que, para cada dólar investido pelas empresas em tratamentos a dependentes químicos, existe um ganho de US\$ 3, a redução de 91% das faltas, diminuição de 88% dos problemas disciplinares e 97% menos casos de acidentes de trabalho.⁵⁷

Portanto, não basta mais que a empresa simplesmente cumpra as obrigações contratuais e legais. É preciso que os detentores dos meios de produção se conscientizem de seu papel na sociedade, atuando em prol da sociedade, reconhecendo e efetivando direitos.

55 Mais informações em <http://www.ismabrasil.com.br/trabalho/19>

56 Dados disponíveis em http://www2.uol.com.br/aprendiz/guiadeempregos/executivos/info/artigos_200904.htm#1

57 Dados extraídos do Programa de prevenção de uso de drogas desenvolvido pelo Banco Interamericano de desenvolvimento, disponível em: <http://www.iadb.org/es/projectos/project-information-page,1303.html?id=TC9811047>.

Tais procedimentos fundamentam-se na função social da empresa, esculpido na Constituição Federal e, neste caso, interpretado no sentido de que a empresa deve proporcionar ao seu empregado um tratamento digno para que o mesmo possa ser reconhecido e (re)inserido socialmente.

9. Conclusões

Para se chegar a estas conclusões que seguem, buscou-se, primeiramente, analisar os Direitos Humanos sob o prisma de sua pretensão de validade universal, bem como analisar as nuances básicas da teoria do reconhecimento de Axel Honneth, sob pena de divagação inútil acerca da necessidade de análise do problema proposto, qual seja: a necessidade de reconhecimento dos trabalhadores dependentes químicos.

Em um segundo momento, após a (re)construção do trabalho, para além do paradigma capitalista, pontuando que o trabalho é sim meio de dignificação do homem e, após a definição de contorno básico do que foi o objeto de estudo denominado: ‘trabalhador dependente químico’, pontuou-se que a teoria do reconhecimento é a ferramenta de enfrentamento ao ataque ao direito humano e universal ao trabalho, no contexto em que o trabalhador dependente químico vê-se não reconhecido como sujeito de direitos que é, carente de proteção e não de exclusão.

Isto para que ao final fosse possível fundamentar que (re)inserção social do trabalhador químico-dependente, por meio do reconhecimento do direito humano e universal ao trabalho, é possível.

Portanto, em conclusão, afirmamos que pelo trabalho postula-se reconhecimento. É sim possível a reinserção social por meio do trabalho, haja vista que o trabalho é parte do homem. Porém, as condições em que o trabalho se desenvolve nem sempre são as ideais, não alienadas ou não objetadas.

Claro está neste texto que o não reconhecimento de um direito humano universal, o direito ao trabalho, é patente no que tange aos trabalhadores químico-dependentes, isto porque o adoecimento que os acomete os impede de participar da construção da sociedade.

No Brasil, esse cenário é gritante. Especialmente na categoria dos trabalhadores químico-dependentes, cada vez mais o não reconhecimento do direito ao trabalho é deflagrado, o que impede a participação destes trabalhadores no processo social, gerando uma categoria de trabalhadores socialmente excluídos.

Entretanto, se o mundo do trabalho for compreendido a partir de uma noção de justiça social, cujos direitos inerentes ao homem trabalhador, ao trabalho vivo, serão efetivados por atitudes de reconhecimento em sua concepção mais ampla, sem a necessidade

talvez da atuação reparadora do Poder Judiciário, pois o dano não mais ocorrerá, a (re) inserção social do dependente químico por meio do trabalho será possível.

Contudo, sem a consciência de que o outro é um semelhante, não há condições de dotá-lo com valores morais que direcionem o nosso agir. Logo, primeiramente, deve-se consumir o reconhecimento elementar, espontâneo, pois, somente assim o reconhecimento, pela estima, será possível.

Na medida em que reconhecer é afirmar a dignidade ínsita ao seu estatuto de pessoa, à sua identidade, reconhecer alguém irá impor condutas tanto para aquele que é reconhecido quanto para aquele que reconhece.

É preciso também salientar que a partir da necessidade do reconhecimento do outro será possível a formação de um conceito ampliado de justiça que reaproxime moral e direito, o que já pode ser vislumbrado, dentre outros exemplos, na promoção de ações afirmativas como cotas para pessoas com deficiência e na forma como vem sendo tratada ultimamente a questão da saúde do trabalhador.

Neste contexto, deve haver uma reflexão sobre o novo papel que deve assumir o Direito do Trabalho como instituição. A questão é modernizar, adaptando o Direito do Trabalho ao cenário presente para que seja hábil a propor soluções às indagações que se apresentarem. Numa sociedade “pós-moderna”, há a necessidade de soluções “pós-modernas”.

Assim, o trabalhador, mesmo que químico-dependente ou recuperado desta enfermidade, ao ter seu direito ao trabalho reconhecido poderá (re)inserir-se na sociedade, pois dotado de dignidade, e assim será tratado.

Isto porque o reconhecimento formal de uma capacidade igual, no que diz respeito aos direitos, muitas vezes, não é suficiente. Assim, as questões articuladas dentro de um conceito ampliado de justiça são propícias a alcançar maior amplitude do campo da eficácia. É preciso que o Direito do Trabalho reconheça o trabalhador.

Além disso, a realização da função social da empresa, por meio do reconhecimento do trabalhador toxicodependente e a promoção e valorização deste indivíduo, mediante o acesso ao emprego decente, importará na redução das desigualdades e sociais e na efetivação da dignidade da pessoa humana.

Assim, a partir daí, o trabalho poderá ser o meio pelo qual a luta por reconhecimento importará na (re)inserção do trabalhador toxicodependente na sociedade.

10. Referências

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Princípios de Direito do Trabalho e seus Fundamentos Teórico-Filosóficos: Problematizando, refutando e deslocando o seu objeto**. 1. ed. São Paulo: LTr Editora, 2008.

- ARAÚJO NETO, José Aldo Camurça de. **A categoria “reconhecimento” na teoria de Axel Honneth**, p. 78.
- ASSY, Bethânia; FERES JÚNIOR, João. **Reconhecimento**. Disponível em: http://www.filosofia.ufc.br/argumentos/pdfs/edicao_5/18.pdf. Acessado em 10/11/2013.
- BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BENJAMIN, Walter. **A Modernidade e os Modernos**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975.
- BERMAN, M. **Tudo que é sólido se desmancha no ar: a aventura da modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 32ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Decreto Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1942. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Ministério Saúde. **Código Internacional de Doenças**. Disponível em: <http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.f79htm>. Acessado em 20/11/2013.
- BRASIL. Presidência da República. **Relatório brasileiro sobre drogas**. Brasília: SENAD, 2009.
- BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Demissão por justa causa. Art. 482, - b da CLT - Mau Comportamento – Caracterização. RR 93500-64.2009.5.03.0142. 7ª Turma. Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. 25/05/2012.
- CARDOSO, João Santos. **A discussão filosófica da modernidade e da pós-modernidade**. Revista Metavola, v. 13, p. 34/13-46, 2011.
- CASTEL. Robert. **Metamorfozes da questão social**. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.
- DEJOURS, Jacques Christophe. **A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho**.
- _____. **A banalização da injustiça social**. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001.
- _____. **A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho**. São Paulo: Cortez-Oboré, 1992.

- DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. **Política jurídica e pós modernidade**, 2001. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=74211531002>. Acessado em 10/11/2013.
- DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DUSSEL, Enrique. **Hacia um Marx desconocido: un comentario de los manuscritos del 61-63**. México, D.F., Siglo XXI/Iztapalapa, 1988.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**, 2012.
- GOIÂNIA. Tribunal Regional do Trabalho. **Nulidade da rescisão contratual. empregado dependente químico**. RO-0002087-17.2011.5.18.0001, Rel. Geraldo Rodrigues Do Nascimento, 3ª Turma. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, 27/06/2013.
- GONTIJO, Lucas Alvarenga. **Direitos Humanos sob o prisma da Filosofia do Direito: desafios e discursos de justificação dos direitos humanos nas sociedades contemporâneas**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/181554677/693073-Direitos-Humanos-Sob-o-Prisma-Da-Filosofia-Do-Direito-1>. Acessado em 10/09/2013.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2009.
- _____. **Trabalho e Reconhecimento: Tentativa de uma redefinição**. Civitas – Revista de Ciências Sociais. Porto Alegre, v.8, n.1, p. 46-67, jan/abr.2008.
- LARANJEIRA, Ronaldo; PINSKY, Ilana; ZALESKI, Marcos; CAETANO, Raul. **I levantamento nacional sobre os padrões de consumo de álcool na população brasileira**. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_padroes_consumo_alcool.pdf. Acessado em 20/11/2013.
- MACIEL, Fabrício. TORRES, Roberto. **Trabalho, reconhecimento e democracia: aplicando teorias de vanguarda ao contexto periférico**. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/24824/000749413.pdf?sequence=1>. Acessado em 10/11/2013.
- MAYOS, Gonçal. **O problema sujeito-objeto em Descartes, perspectiva da Modernidade**, traduzido por Mariá Brochado e Natália Freitas Miranda. Originalmente publicado como “El problema sujeto-objeto en Descartes, prisma de la modernidad”. *Pensamiento - Revista de investigación e información filosófica*, Madrid, n. 195, V. 49, pp. 371-390, jul.-sep. 1993.

- MARSHALL, Thomas. H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. **O Novo Direito do Trabalho na Pós-Modernidade e o papel da Justiça do Trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas, n. 22, p. 209-219, jun. 2003.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Informações sobre drogas**. Disponível em: http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/conteudo/index.php?id_conteudo=11250&crastro=INFORMA%C3%87%C3%95ES+SOBRE+DROGAS/Defini%C3%A7%C3%A3o+e+hist%C3%B3rico. Acessado em 20/11/2013.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Relatório mundial de saúde**. Disponível em: http://www.who.int/whr/2001/en/whr01_po.pdf. Acessado em 20/11/2013.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Problemas ligados a álcool e drogas no local de trabalho: Uma evolução para prevenção**. Primeira Edição. Setembro 2008. Palmira Artes Gráficas, 2008.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. São Paulo: LTr, 1996.
- OLIVEIRA, Olivan Liger de. **Álcool e drogas no ambiente corporativo: a importância dos programas de prevenção e reabilitação do trabalhador dependente químico**. Disponível em: <http://www.nucleodespesquisas.com.br/artigos/alcool-e-drogas-no-ambiente-corporativo-a-importancia-dos-programas-de-prevencao-e-reabilitacao-do-trabalhador-dependente-quimico>. Acessado em 20/10/2013.
- PIMENTA, José Roberto Freire. **A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional**. In Tutela Metaindividual Trabalhista: A defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo. PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de; FERNANDES, Nadia Soraggi (coord). São Paulo: LTR, 2009.
- RAVAGNANI, Hebert Barucci. **Luta por reconhecimento: a filosofia social do jovem Hegel segundo Honneth**. Kínesis, vol. I, n. 01, Março, 2009, p. 39-52.
- RICOEUR, Paul. **Percorso do reconhecimento**. Tradução de Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2006.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SILVA, Guilherme Ferreira. Os direitos humanos sob a ótica materialista e procedimentalista. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12290&revista_caderno=15. Acesso em set 2014.

- SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **A Saúde do Trabalhador como um Direito Humano: conteúdo essencial da dignidade humana**. 1 ed. São Paulo: LTr, 2008.
- SILVA, Josué Pereira da. **Trabalho, Cidadania e Reconhecimento**. 1. ed. São Paulo: Anablume, 2008.
- SOBOTTKA, Emil A.. **Liberdade, reconhecimento e emancipação - raízes da teoria da justiça de Axel**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222013000200006&script=sci_arttext. Acessado em 10/11/2013.
- TAYLOR, Charles. **The politics of recognition**. Disponível em: http://elplandehiram.org/documentos/JoustingNYC/Politics_of_Recognition.pdf. Acessado em 10/11/2013.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: novo paradigma de legitimação**. Mundo Jurídico, [s.l.], 2003. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 10/09/2013.

A SOLIDARIEDADE SOCIAL MERITÓRIA E A CONCESSÃO DAS PENSÕES ESPECIAIS PREMIAIS NO BRASIL

MILTON VASQUES THIBAU DE ALMEIDA

Doutor em Direito pela UFMG e Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna, na linha de pesquisa “Constitucionalismo Social: Fundamentos, Políticas Públicas e Privadas de Proteção Social Nacional, Comunitária e Internacional”.

Resumo

A constituição brasileira contempla diversos tipos de solidariedade, sendo algumas de forma expressa e outras de forma implícita, merecendo destaque, no presente artigo, a solidariedade social meritória, que dá fundamento legal às concessões das pensões especiais mensais e vitalícias dos ex-jogadores de futebol da Seleção Brasileira campeã dos Mundiais de 1958, 1962 e 1970, bem como à ex-atleta olímpica Laís da Silva Souza. A jurisprudência constitucional brasileira reconheceu a constitucionalidade das leis que concederam tais pensões premiais, mas lhes atribuiu a natureza jurídica de benefício assistencialista. Contudo, uma análise meticolosa das leis que concederam essas pensões premiais revela a existência de pressupostos e de requisitos que são típicos de uma natureza previdenciária.

Palavras-chave

Pensão especial; Aposentadoria premial; Solidariedade; Solidariedade social meritória.

Abstract

The Brazilian constitution contempts any different types of solidarity, some of them by the expressed form and others by the implicit form, have being awarded in this article the honor social solidarity, that gives legal fundaments to the special monthly and for all life pensions concessions to the ex-football players of the champion Brazilian Team on the World Championships of 1958, 1962 and 1970, the same that has been occurred with the ex-olimpic athletic Laís da Silva Souza. The Brazilian constitutional jurisprudence has been recognized the constitutionality of those laws that has given those rewarded pension concessions, but has been given to them the juridical nature of assistance benefit.

Although a particular analyses of these laws that has been given those reward pensions concession reveals the existence of supposes and requires that has been typical of the pension funds juridical nature.

Key words

Special pension; Reward retirement; Solidarity; Honor social solidarity.

1. Introdução

Duas leis recentemente publicadas no Brasil colocaram em evidência uma prática administrativa de concessão de benefícios não-contributivos pela União, em caráter vitalício e premial, aos ex-jogadores de futebol das Seleções Brasileiras de futebol campeões das Copas do Mundo de 1958, 1962 e 1970 (Lei nº 12.663, de 05/06/2012), e à ex-atleta da Seleção Brasileira olímpica de ginástica Laís da Silva Souza (Lei nº 13.087, de 12/01/2015), que se acidentou no dia 21/01/2014, em *Salt Lake City*, nos Estados Unidos da América, durante o intervalo de lazer, quando praticava esqui nas montanhas nevadas.

A concessão desses benefícios mensais vitalícios não-contributivos pelas mencionadas Lei nº 12.663, de 05/06/2012, e Lei nº 13.087, de 12/01/2015, reaviva, no Brasil, o debate sobre o fundamento e a natureza jurídica desses benefícios, que foram tidos pela jurisprudência constitucional, no primeiro caso, como sendo de natureza assistencialista.

Examinamos, pois, a concessão dessas rendas mensais vitalícias não-contributivas à luz dos preceitos constitucionais e da jurisprudência constitucional produzida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, com visos a desvendar o fundamento e a natureza jurídica dessas concessões.

2. A Constitucionalidade das Rendas Mensais Vitalícias Não-Contributivas na Jurisprudência Constitucional

A constitucionalidade da Lei nº 13.087, de 12/01/2015, parece ser inquestionável, à primeira vista, pois o Plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal já firmou jurisprudência, há quase um ano antes, sobre a constitucionalidade da outorga de benefícios assistencialistas pelo Poder Público, sem a necessária existência de dotação orçamentária, por ocasião do julgamento da arguição de inconstitucionalidade da Lei Geral da Copa, que concedeu pensões não-contributivas aos atletas campeões das Copas do Mundo de 1958, de 1962 e de 1970, no julgamento do processo de número ADI 4976, em 07/05/2014, tendo como Relator o Ministro Ricardo Lewandowski.

Toda lei é promulgada no pressuposto de que esteja conforme a constituição, vale dizer, que seja constitucional, e, portanto, seja revestida de eficácia jurídica até que outra lei a revogue ou que tenha a sua inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário. Ser constitucional não significa estar a lei de acordo com a literalidade do texto da Constituição, mas em harmonia com os seus princípios e suas disposições.

Não há qualquer princípio jurídico expresso ou qualquer disposição constitucional específica a respeito da concessão de aposentadorias ou de pensões de natureza assistencialista pelo Poder Público, o que, no entanto, não significa que estariam vedadas.

Em princípio, as aposentadorias e as pensões devem se enquadrar nos princípios jurídicos e nas disposições legais pertinentes aos regimes de previdência social, sejam as relativas ao único regime geral (RGPS) ou aquelas relativas aos milhares de regimes próprios dos servidores públicos (RPPS).

Entendemos que, no campo da proteção social, as práticas constitucionais são mais importantes do que os preceitos constitucionais, do que é exemplo a promulgação da referida Lei nº 12.663, de 2012 (Lei Geral da Copa), que gerou o precedente de constitucionalidade das leis que conferem benefícios assistencialistas não contributivos, no julgamento do Excelso Supremo Tribunal Federal.

Sobressai no julgamento do caso precedente do processo ADI 4976, do Excelso Supremo Tribunal Federal, o fundamento de que o prêmio em dinheiro e o auxílio mensal concedido aos ex-jogadores campeões das Seleções Brasileiras de futebol das Copas do Mundo de 1958, de 1962 e de 1970, se revestem de natureza assistencialista.

3. Questionamento sobre a Natureza Jurídica Assistencialista dos Benefícios Não-Contributivos Concedidos aos Ex-Jogadores de Futebol e à Ex-Atleta Olímpica

Releva examinar qual seria a natureza jurídica desses benefícios não-contributivos, concedidos vitaliciamente aos ex-jogadores de futebol e à ex-atleta olímpica, a título, respectivamente, de auxílio especial mensal e de pensão especial.

A natureza jurídica desses prêmios em dinheiro e auxílios mensais concedidos pela Lei Geral da Copa seria mesmo de cunho assistencialista, como entendeu o Excelso Supremo Tribunal Federal?

O fundamento da natureza assistencialista é juridicamente defensável, mas também é questionável, por isso, de momento, o aceitamos como argumento jurídico válido para a fundamentação do acórdão proferido no processo ADI 4976, para atendimento à exigência constitucional quanto à fundamentação das decisões judiciais pelos órgãos do Poder Judiciário, conforme exigência feita pelo artigo 93, inciso IX, da Constituição brasileira de 1988.

Do ponto de vista doutrinário, não podemos aceitar sem questionamento esse fundamento da natureza jurídica assistencialista, que foi atribuída pela jurisprudência constitucional aos prêmios em dinheiro e aos auxílios mensais concedidos aos ex-jogadores da Seleção Brasileira de futebol.

O fundamento utilizado no julgamento no processo judicial é plausível, mas não é contundente, e, por isso, carece de uma análise mais aprofundada. Pode ser que seja mesmo um benefício assistencialista, pode ser que não. O tema suscita maiores reflexões.

Questionamos essa suprema afirmação da jurisprudência constitucional no sentido de que a natureza jurídica desses prêmios em dinheiro e auxílios mensais vitalícios seja assistencialista.

3.1. *Elementos Objetivos*

Do ponto de vista objetivo, esses benefícios concedidos em dinheiro (o prêmio em dinheiro) poderiam ser justificados como uma loteria ou uma indenização, pois as loterias constituem uma das espécies da poupança coletiva, ao passo que a indenização é a mãe dos regimes de previdência social e complementar.

A seu turno, o auxílio-mensal só poderia se revestir da natureza de renda assistencialista se os beneficiados estivessem em condição de indigência, o que não era o caso dos ex-jogadores de futebol contemplados, assim como, também, não era o caso da ex-atleta olímpica Laís da Silva Souza.

A concessão desse auxílio mensal especial ostenta elementos de caracterização de uma natureza jurídica previdenciária, porquanto: a) será administrado pelo INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, conforme determina o artigo 44, *caput*, da Lei nº 12.663, de 2012, que é órgão de gestão do seguro social, como emerge de sua própria denominação; b) é direito condicional, concedido apenas a quem figurar em uma listagem (isto é, uma inscrição) que será promovida de ofício pelo Ministério do Esporte (artigo 44, parágrafo único, da mesma lei), e na qual somente poderão ser inscritos “os jogadores, titulares ou reservas das seleções brasileiras masculinas campeãs das copas mundiais masculinas da FIFA nos anos de 1958, 1962 e 1970” (artigo 37, *caput*, da lei em comento); c) do ponto de vista da cobertura, reveste-se esse auxílio mensal especial de diversas naturezas jurídicas, pois: a) pode ser uma concessão direta de aposentadoria em valor integral, se o beneficiário estiver vivo e não possuir renda; b) pode ser uma concessão direta de aposentadoria complementar, se o beneficiário estiver vivo e possuir renda inferior ao limite-teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; c) pode ser uma concessão direta de pensão em valor integral, se o beneficiário já tiver falecido e seus dependentes não tiverem renda; d) pode ser uma concessão de complementação de pensão, se o beneficiário

já tiver falecido e seus dependentes estiverem usufruindo de pensão com valor inferior ao limite-teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Na área de ação da assistência social, a rigor jurídico, não existem benefícios, apenas a prestação de serviços, com duas exceções: a) a garantia da renda mensal prevista no artigo 203, inciso IV, da Constituição brasileira de 1988, no valor único de 1 (hum) salário mínimo, para as pessoas portadoras de deficiência e para os idosos desprovidos de renda e do amparo familiar; b) a bolsa família, cuja natureza jurídica é de complemento da renda mínima mensal familiar, instituída por um Programa de governo, na área de ação da assistência social.

O prêmio em dinheiro concedido aos ex-jogadores de futebol da Seleção Brasileira campeões das Copas do Mundo de 1958, de 1962 e de 1970 possui a inescusável natureza jurídica de prêmio, tal como um prêmio de loteria, visto que as loterias são espécies do gênero poupança coletiva, distribuindo os valores arrecadados com as poucas pessoas aquinhoadas pela sorte, ao passo que a previdência social, outra espécie do mesmo gênero, distribui os valores que arrecada com um elenco maior de pessoas, que são aquinhoadas pelo azar – o azar de terem sido acometidas por um infortúnio. Como se trata de prestação única não há que se compará-la com as prestações continuadas concedidas pela mesma Lei Geral da Copa, mas não deixam de se confundir com os benefícios previdenciários de prestação única, cujo valor elevado (R\$100.000,00 para cada ex-jogador), considerado o tempo decorrido desde Tri-campeonato Mundial de 1970, bem poderia ser confundido com uma decisão administrativa *ex officio*, tardiamente, com eficácia retroativa, com aplicação da prescrição quinquenal sobre o fundo de direito, atualização monetária e juros de mora, pois apenas o benefício do auxílio mensal foi condicionado ao protocolo de requerimento perante o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, tendo como data do início desse benefício a data desse protocolo de requerimento (artigo 45 da Lei nº 12.663, de 2012).

Os auxílios mensais concedidos pela referida Lei Geral da Copa aos ex-jogadores campeões das Copas do Mundo de 1958, de 1962 e de 1970, embora constituam prestações continuadas, não possuem cunho assistencialista pelo só fato de não haver previsão expressa na Constituição, visto que os benefícios assistencialistas são restritos às pessoas que estejam em elevado grau de indigência, apontadas pelo artigo 203, inciso IV, da Constituição brasileira de 1988, quais sejam: a) as pessoas portadoras de deficiência que não possuam capacidade de trabalhar; b) os idosos que estiverem desprovidos de renda e que sejam, ademais, carentes da solidariedade familiar, situação que não lhes permite demandar o direito a alimentos na Justiça Comum, com fundamento nas regras jurídicas do Direito de Família.

Além das hipóteses constitucionalmente previstas, também são destinatários das prestações assistencialistas, os membros das famílias beneficiárias do complemento da

renda mínima familiar mensal denominado “bolsa família”, que não estão em situação de indigência (abaixo da linha da miséria), mas de miserabilidade (abaixo da linha da pobreza, mas acima da linha da miséria).

Pela metodologia adotada pela legislação brasileira, no artigo 20, § 3º, da LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742, de 07/12/1993, com a redação dada pela Lei nº 12.470, de 31/08/2011), a linha da miséria corresponde ao padrão de renda mensal familiar *per capita* igual a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, de sorte que, quem está abaixo dela é indigente, como é o caso da pessoa portadora de deficiência e da pessoa idosa às quais se refere o *caput* desse artigo de lei, que lhes concede o benefício de prestação continuada instituído pelo artigo 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988.

A Lei Geral da Copa (Lei nº 12.663, de 2012), embora pressuponha a existência de ex-jogadores desprovidos de renda, pressupõe que eles tenham família, cujos membros foram investidos da condição de dependentes, no artigo 39:

“Na ocorrência de óbito do jogador, os sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial expedido a requerimento dos interessados, independentemente de inventário ou arrolamento, poder-se-ão habilitar para receber os valores proporcionais a sua cota-parte” (BRASIL, Lei nº 12.663, 2012, art. 39).

A remissão expressa do artigo 39 da Lei nº 12.663, de 2012, aos sucessores previstos na lei civil em nada altera a definição legal de dependente de primeira classe contida no artigo 16, inciso I, do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048, de 06/05/1999), apenas substitui a prova da condição de dependente pela via da jurisdição administrativa interna do INSS (segundo o rol das provas pré-constituídas extrajudicialmente do artigo 22 do mesmo Regulamento) pela prova documental pré-constituída judicialmente (o alvará judicial), ao mesmo tempo em que exclui a existência de dependentes da segunda classe (os pais) e da terceira classe (os irmãos).

Se a Lei nº 12.663, de 2012, pressupõe a existência de familiares, isso afasta a possibilidade de o ex-jogador de futebol estar numa condição de indigência que o impeça de ter a sua manutenção provida pela sua família, conforme a exigência expressa contida no artigo 203, inciso V, da Constituição brasileira de 1988.

Sendo a ex-atleta olímpica Laís da Silva Souza, jovem e solteira, ao tempo da verificação do sinistro, a Lei nº 13.087, de 2015, dá outra solução no § 1º, do artigo 1º, onde pressupõe a ausência de dependentes, qualquer que seja a classe, estatuinto que a pensão especial não será transmitida a herdeiros, de sorte que se ela vier a tê-los no futuro, não usufruirão do benefício.

O benefício mensal não-contributivo concedido pela Lei nº 12.663, de 2012, se reveste da natureza jurídica de uma aposentadoria premial (se usufruído diretamente pelo

ex-jogador de futebol), ou da natureza jurídica de pensão premial (se usufruído pelos dependentes do ex-jogador de futebol já falecido).

No caso do benefício mensal não-contributivo concedido pela Lei nº 13.087, de 2015, à ex-atleta olímpica Laís da Silva Souza, assume a natureza jurídica exclusiva de aposentadoria (aposentadoria premial), não obstante o rótulo de pensão que lhe foi atribuída.

3.2. *Elementos Subjetivos*

Do ponto de vista subjetivo, qual teria sido a atitude altruísta do legislador ao conceder esses prêmios em dinheiro e esses auxílios mensais vitalícios aos ex-jogadores de futebol e à ex-atleta olímpica. Eis um questionamento que não pode passar despercebido.

Dentre as possibilidades, está o fundamento utilizado pela mídia, no sentido de que o legislador teria pressuposto na promulgação do Capítulo IX (“Disposições Permanentes”) da Lei Geral da Copa (Lei nº 12.663, de 05/06/2012), que nos anos de 1958, de 1962 e de 1970, o futebol brasileiro não estava profissionalizado e, portanto, alguns dos ex-integrantes da Seleção Brasileira não teriam conseguido ganhar fortunas, em comparação com os jogadores famosos de algumas décadas para cá, que ganharam muito dinheiro na fase do futebol-empresa, e que, por isso, ficaram privados de terem uma vida digna na ociosidade, após o afastamento da atividade desportiva. Efetivamente, foram poucos os ex-jogadores da Seleção Brasileira naquelas ocasiões que se deram bem profissionalmente e ficaram ricos o suficiente para não precisar das benesses concedidas pela Lei Geral da Copa, a exemplo de Pelé. É uma interpretação que pode ser extraída claramente do texto da Lei Geral da Copa, posto que ela não concedeu os benefícios indiscriminadamente a todos os ex-jogadores, pois estabeleceu, de forma expressa e clara, no artigo 37, inciso II, que o auxílio especial mensal será concedido “para jogadores sem recursos ou com recursos limitados”, assim como no artigo 42, *caput*, delimitou o valor desse auxílio especial mensal como renda de complementação de outra renda mensal do beneficiário (a média mensal [1/12 avos] do valor total dos rendimentos tributáveis, sujeitos a tributação exclusiva ou definitiva, não tributáveis e isentos informados na Declaração de Ajuste Anual do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, conforme definição do parágrafo único), até o limite do “valor máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

O fundamento subjetivo da concessão dos benefícios não-contributivos aos ex-jogadores de futebol difere do fundamento subjetivo da mesma concessão feita à ex-atleta olímpica, não apenas porque se tratam de dois fatos históricos de muito distanciados no tempo e no espaço, e ocorridos em circunstâncias diferentes, que conduziram a condicionamentos legais igualmente distintos.

O estado de necessidade está pressuposto na Lei Geral da Copa, e reconhecido como constitucional pelo Excelso Supremo Tribunal Federal como sendo necessidade de cunho assistencialista.

O estado de necessidade também está pressuposto na lei que concedeu benefícios de mesma natureza à ex-atleta olímpica Laís da Silva Souza, embora em momento algum a Lei nº 13.087, de 2015, tenha condicionado a concessão do benefício à comprovação da inexistência de renda pela sua beneficiária, ou tenha aventado a possibilidade de ela ter a sua manutenção provida pela família (exigências feitas expressamente pelo artigo 203, inciso V, da Constituição da República, de 1988).

Apesar da diversidade de circunstâncias, há algo em comum nas duas leis, que é um altruísmo espontâneo da União, que atende aos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, proclamados no artigo 1º, incisos II (cidadania), III (dignidade da pessoa humana) e IV (valor social do trabalho), da Constituição brasileira de 1988.

Trata-se do pressuposto da existência de uma solidariedade social inclusiva muito especial, revestida de caráter não-contributivo e premial, para quem se destacou socialmente pelo seu trabalho, e que configura uma solidariedade social meritória.

4. A Solidariedade Social Meritória como Atributo de Cidadania e Garantia de Proteção Social Implícita da Constituição

Diversamente da solidariedade social caritativa pressuposta no artigo 203, inciso V, da Constituição da República, de 1988, que alberga um altruísmo de compaixão para com quem seja absolutamente incapaz de trabalhar (as pessoas portadoras de deficiência), ou que não têm mais a capacidade de retornar ao Mercado de Trabalho, por terem perdido a capacidade vital ou intelectual para o trabalho (os idosos), as Leis nº 12.663, de 2012, e nº 13.087, de 2015, albergam um altruísmo meritório, decorrente do prestígio social adquirido pelo seu destinatário ao tempo em que teve a capacidade de trabalhar, por isso tendo alcançado fama e glória pessoal que projetaram o orgulho da cidadania brasileira, tornando-se heróis nacionais.

Não encontramos essa solidariedade social meritória estampada no texto da Constituição brasileira de 1988, porquanto nem todo princípio jurídico está escrito, como regra, no texto constitucional, razão pela qual a “cláusula aberta” da mesma Constituição estatuí, no seu artigo 5º, § 2º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O curioso é que temos expressamente previstos nos incisos II (cidadania), III (dignidade da pessoa humana) e IV (valor social do trabalho), do artigo 1º da Constituição

brasileira de 1988, princípios jurídicos fundamentais de organização do Estado, que são inerentes aos direitos sociais de primeira geração (garantias de prestações negativas do Estado, mero respeito àquilo que os indivíduos e as coletividades já possuem), que isoladamente nada sugerem a respeito dos direitos sociais de segunda geração (garantias de prestações positivas do Estado, restritivamente delimitado pelo Sistema da Seguridade Social), mas basta considerar que, aquilo que a Constituição impõe ao Estado, pode ser espontaneamente assumido por ele, de ofício, de sorte que a articulação dos três valores fundamentais em referência faz emergir o fundamento de um poder administrativo que encontra respaldo constitucional, até mesmo antes do advento do Movimento Constitucionalista, calcado nas práticas administrativas medievais do antigo regime senhorial português.

Portanto, o próprio Estado é agente jurígeno de direitos sociais, que tanto pode contemplar um indivíduo (como a ex-atleta olímpica Laís da Silva Souza) ou uma coletividade (aquela restritivamente formada pelos ex-jogadores de futebol campeões das Copas do Mundo de 1958, de 1962 e de 1970).

Desta forma, até mesmo os princípios jurídicos de organização do Estado, que são indiscutivelmente inerentes ao regime adota pela Constituição brasileira de 1988, assim como aqueles princípios herdados das constituições anteriores e do regime senhorial medieval português, que consolidaram práticas de políticas públicas nos governos anteriores afirmam-se como método histórico da interpretação constitucional.

A Constituição brasileira de 1988, embora seja uma “constituição cidadã” e contenha várias disposições que afirmem a solidariedade, não a proclama claramente como um princípio jurídico geral, como o faz a Constituição Francesa, no local mais nobre de uma constituição, que é o preâmbulo.

Acreditamos que o legislador constituinte tenha se esforçado para se fazer entendido no preâmbulo da Constituição brasileira promulgada em 1988, no sentido de que estaria proclamando o princípio da solidariedade social, que é o mais abrangente de todos os altruísmos, porém foi prolixo, misturou valores sociais distintos, e até contraditórios, para, ao final, invocar o altruísmo divino (“sob a proteção de Deus”), que é a último altruísmo com o qual os indivíduos e os grupos podem contar (a célebre “providência divina”) quando o Estado e a sociedade falharem como instituições de proteção social.

Portanto, o princípio jurídico geral da solidariedade social está apenas implícito no preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, na longa construção gramatical “*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*”.

A fraternidade é um valor diferente da solidariedade, como deixa patente o *slogan* adotado pelos revolucionários na Revolução Francesa de 1789: “*Liberté, égalité et fraternité*”.

Etimologicamente, fraternidade significa parentesco de irmãos; irmandade; amor ao próximo; fraternização; união ou convivência como irmãos, harmonia, paz e concórdia, ao passo que, do ponto de vista jurídico significa um tipo específico de altruísmo restritivo, que aplica apenas aos iguais, classificado como solidariedade classista. Até mesmo do ponto de vista histórico, o assistencialismo social que vigia na França ao tempo da Revolução Francesa se restringia às ações de proteção social desenvolvidas no âmbito interno das Irmandades Religiosas e das Confrarias, que praticavam a solidariedade entre irmãos e confrades. As confrarias eram associações fechadas, que tinham como associados apenas as pessoas de mesma condição social, ao passo que as irmandades religiosas eram abertas à participação de pessoas oriundas das classes sociais as mais diversas, ainda assim praticavam uma solidariedade restrita aos irmãos, ou que, eventualmente, poderia ser estendida a outras pessoas não-irmãs, acobertando um falso altruísmo, que acobertava uma intenção da auto-promoção social de certos irmãos (TAVARES, 1989, p. 82/84). A solidariedade social no sentido da definição jurídica surgiu somente após a Revolução Industrial, mais precisamente com a promulgação da lei alemã de 1883 que instituiu o seguro obrigatório contra os acidentes do trabalho. Desta forma, a expressão “sociedade fraterna” contida no preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 remete para idéia de uma sociedade constituída por iguais, desprovida de classes sociais, o que é utópico, mesmo que o legislador constituinte a tenha adjetivado de “pluralista”, pois, do ponto de vista sociológico, uma sociedade pluralista é uma sociedade constituída por povos de origem étnica, cultural e religiosa diversificada, o que já é uma característica da sociedade brasileira, como realidade social.

Sem que haja a afirmação do gênero solidariedade social como princípio constitucional, a nossa Constituição também carece da explicitação das diversas espécies e subespécies de solidariedade, muito embora tenha feito algumas poucas referências explícitas quanto à solidariedade social compulsória (artigo 3º, inciso I) e à solidariedade social comunitária latino-americana (artigo 4º, parágrafo único).

Existem várias espécies de solidariedade, ou seja, diferentes formas de manifestação do altruísmo, com significados e extensão distintos, mais amplos ou mais restritos, quais sejam: a) a solidariedade familiar; b) a solidariedade coletiva (ou classista); e, d) a solidariedade social, que se subdivide em seis subespécies: d.1) a solidariedade social espontânea; d.2) a solidariedade social compulsória; d.3) a solidariedade social por nacionalidade, d.4) a solidariedade social internacional, d.5) a solidariedade social comunitária, e, d.6) a solidariedade social meritória.

4.1. A Solidariedade Familiar

A solidariedade familiar é a mais elementar de todas as espécies de solidariedade, que se traduz no Direito de Família como dever de “mútua assistência” dos cônjuges

no casamento (artigo 1566, inciso III, do Código Civil Brasileiro de 2002), sendo-lhes imposto por lei a responsabilidade jurídica pelos encargos da família (artigo 1.565, *caput*, da mesma lei civil).

No Serviço Social essa solidariedade já virou um slogan: “*a família é, sempre foi e sempre será, a mais antiga, a mais eficiente e a mais insubstituível instituição de assistência social*”.

A família é considerada pelos sociólogos como a “sociedade mínima”, porque ser o único grupo social que se constitui a partir de apenas duas pessoas (um homem e uma mulher) e, posteriormente, se expande com a superveniência dos filhos, dos netos, dos bisnetos e demais gerações do mesmo tronco familiar.

Como a mais importante característica da família é a reprodução da espécie humana, só pode ser constituída por um homem e uma mulher, razão pela qual a jurisprudência trabalhista construiu a categoria das “entidades equiparadas à família”, para fins de atribuição da responsabilidade trabalhista aos membros de certas pequenas comunidades que assumem atitudes e responsabilidades próprias da família, sem ser família, tais como: a) as repúblicas de estudantes; b) as repúblicas de solteiros, e, c) as uniões gay.

Em todas as espécies de “entidades equiparadas à família” reconhecidas pela jurisprudência trabalhista, há uma comunhão de interesses de pessoas que vivem debaixo do mesmo teto, dividindo os trabalhos e as despesas domésticas, dentre elas, eventualmente, encargos trabalhistas e previdenciários decorrentes da contratação de empregados domésticos.

4.2. A Solidariedade Coletiva (ou Classista)

A solidariedade coletiva também é elementar, embora diga respeito a um grupo social de maior dimensão, se comparado com a família, e diz respeito ao sentimento de altruísmo que é comum aos membros de uma comunidade de pessoas, que é unida por um objetivo comum.

Esse sentimento altruísta é inerente ao associativismo humano, e corresponde a um sentimento de pertinência, de inserção, dentro de uma classe social, daí também ser conhecido como solidariedade classista, quando está relacionada com o direito do trabalho. Tanto pode dizer respeito à classe dos empregados, como à classe dos empregadores, conforme o enquadramento que se deva dar no âmbito da organização sindical. Embora normalmente se refira ao sentimento de solidariedade que une os trabalhadores que integram uma mesma profissão, ela também se refere aos trabalhadores autônomos e aos profissionais liberais que estejam submetidos à inscrição e à fiscalização dos órgãos regulamentadores e fiscalizadores das profissões (por exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil, o Conselho Regional de Engenharia e Agrimensura, o Conselho Regional de

Medicina, etc.). A solidariedade classista surgiu nos primórdios da Civilização e foi o elemento subjetivo que uniu os trabalhadores nas diversas instituições sociais que surgiram ao longo da história, tais como a *hélade* e as *hetérias* na Grécia, os colégios em Roma, as corporações-de-ofício e as guildas na Europa medieval.

Essa solidariedade coletiva congrega os interesses dos grupos sociais, que são pequenas coletividades, cujos interesses sociais, econômicos, políticos e jurídicos são interesses coletivos em sentido estrito.

Essa solidariedade coletiva foi importante nos primórdios do surgimento da previdência, quando se encontrava no seu estágio de desenvolvimento conhecido como “previdência coletiva”, que reunia as iniciativas de proteção social implementadas pelas empresas e pelas associações de trabalhadores (DURAND, 1953), e, na atualidade, dá fundamento à previdência complementar e aos regimes patronais de complementação de aposentadoria.

4.3. A Solidariedade Social

A solidariedade social corresponde ao tipo mais amplo de solidariedade, por isso se ramifica por níveis de interesses sociais, econômicos, políticos e jurídicos distintos, cobrindo um leque de circunstâncias que abrangem os interesses difusos e os interesses coletivos em sentido amplo, independente do local aonde possam se manifestar, razão pela qual transborda os limites do território onde vive a sociedade, pois além de sustentar ações de proteção social no plano jurídico-social nacional, também atua nos planos jurídico-sociais comunitário e internacional.

4.3.1. A Solidariedade Social Espontânea

A solidariedade social espontânea só se manifesta eventualmente, por ocasião da ocorrência de grandes desastres ou catástrofes com vítimas e desabrigados, a exemplo dos terremotos, dos tsunamis e das enchentes, que são ocasiões nas quais a sociedade local, a sociedade comunitária e a sociedade internacional, assim como os governos, os organismos internacionais e as organizações não governamentais praticam ações de ajuda humanitária para minimizar as perdas, salvar vidas e ajudar as vítimas e os desabrigados.

Nela se manifesta um altruísmo universal que, ao menos em princípio, é despojado de segundas intenções, porque é deflagrada pela dor e pelo desespero das comunidades atingidas pelas catástrofes, e se caracteriza, verdadeiramente, por uma ajuda humanitária.

Salvo nos casos em que os governos reservem alguma verba orçamentária para ajudas humanitárias, ou nos casos em que os organismos internacionais e as organizações não governamentais arrecadem e mantenham recursos financeiros para cobrir os custos de suas

ações humanitárias, ela não conta com um provisionamento prévio, e vive, portanto, das doações em geral, tais como as doações de roupas, de alimentos, de colchões, de barracas, de água potável, de alimentos, de produtos higiênicos ou mesmo de doações em dinheiro.

4.3.2. A Solidariedade Social Compulsória

A solidariedade social compulsória corresponde a um altruísmo imposto por lei, constituindo um objetivo do Estado, tal como está proclamado no artigo 3º, inciso I, da Constituição brasileira de 1988.

A solidariedade social compulsória, portanto, se afasta do altruísmo espontâneo para se constituir num altruísmo construído pelas regras do direito, sob a administração do Estado.

Esse tipo de solidariedade é que atribui a característica da vinculação obrigatória dos segurados trabalhadores ativos aos regimes de previdência social, conforme exigência expressa contida nos artigos 201, *caput* (“filiação obrigatória”) e 40, *caput* (“solidário”), da Constituição brasileira de 1988, os obrigando a serem previdentes contra as suas vontades, pois o Estado os obriga a formar uma poupança coletiva durante a fase economicamente ativa de suas vidas, a fim de poderem contar com as prestações das rendas mensais previdenciárias, se, porventura, forem acometidos por um infortúnio.

Diversamente do que ocorre com a solidariedade social espontânea, a solidariedade social compulsória não está fundamentada em doações, pois é caracterizada pelo provisionamento.

O provisionamento da solidariedade social compulsória, que caracteriza a previdência social, é feito pela mais abrangente “pilastra” (ou “coluna”) de sustentação financeira, de natureza tributária (BAZZANO, 1997).

No Brasil o provisionamento dos regimes de previdência social é feito pelos seus respectivos planos de custeio, que devem obedecer ao critério técnico do equilíbrio financeiro e atuarial, conforme exigência do artigo 201, *caput*, da constituição brasileira (para o regime geral de previdência social) e do artigo 40, *caput* da mesma constituição (para os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos).

A institucionalização da solidariedade social compulsória deu um grande impulso às técnicas de proteção social, porquanto, na essência, ela instituiu os direitos subjetivos públicos na área de ação da previdência social, diversamente com o que ocorria com a caridade, que, além de ser uma dádiva aleatória de míngua dos valores financeiros, através das esmolas, que eram insuficientes para cobrir as necessidades mensais do cidadão necessitado, o mantinha o cidadão com a auto-estima baixa, subjugando-o psiquicamente.

4.3.3. A Solidariedade Social por Nacionalidade

A solidariedade social por nacionalidade pode se manifestar de forma espontânea ou compulsória, sendo uma manifestação do sentimento de nacionalidade, ou seja, de pertinência à pátria brasileira, que deflagra um altruísmo lastreado numa igualdade de nacionalidade, e que abomina e rejeita qualquer atitude de indiferença ou de abandono em relação a um cidadão brasileiro necessitado que se encontre no exterior.

A solidariedade social por nacionalidade se manifesta espontaneamente sempre que um cidadão de nacionalidade brasileira esteja em situação de risco social fora do território nacional, envolvido em alguma catástrofe ocorrida no exterior, seja em águas internacionais (em algum naufrágio), no espaço aéreo internacional (como ocorreu na queda do avião da *Air France* no Oceano Atlântico, há poucos anos, durante uma tempestade) ou em país estrangeiro (como ocorreu com a morte de um brasileiro a caminho de *Machu Pichu*, também recentemente).

Mas, o que é mais comum é a solidariedade social por nacionalidade se manifestar de forma compulsória, para também impor ao cidadão brasileiro que resida, temporária ou permanentemente, no exterior, o mesmo dever de agir de forma previdente em relação aos riscos sociais atuais e futuros, inscrevendo-o obrigatoriamente no regime geral de previdência social aqui no Brasil.

Eventualmente, a solidariedade social por nacionalidade é estendida compulsoriamente a cidadãos estrangeiros que prestem serviços a empresas brasileiras no exterior, ou ao governo brasileiro no exterior, ou, ainda, que prestem serviços para organismos internacionais estabelecidos no território brasileiro, conforme as previsões legais expressas das Leis brasileiras nº 8.212 (Lei do Plano de Custeio da Seguridade Social) e nº 8.213 (Lei do Plano de Benefícios da Previdência Social), ambas de 24/07/1991, e o Decreto nº 3.048 (Regulamento da Previdência Social), de 06/05/1999.

Trata-se de uma modalidade de solidariedade social que é regida por uma Convenção Internacional, a de número 102, de 1952, da OIT – Organização Internacional do Trabalho, que é conhecida como “norma mínima de previdência”.

A referida Convenção nº 102, de 1952, da OIT, proclama um princípio jurídico de previdência social internacional, que é o princípio da não dupla vinculação obrigatória a mais de um sistema de proteção social, uma vez que, primeiramente, não haveria necessidade de o cidadão receber ações protetivas provenientes de mais de um sistema de proteção social, segundo, porque, se já é dispendioso para o trabalhador contribuir para um sistema de proteção social, seria duplamente dispendioso para ele contribuir para mais de um sistema de proteção social, ficando privado de atender às suas necessidades existenciais no presente, a pretexto de obter dupla (ou mais) proteção no futuro.

Esse princípio da não dupla vinculação obrigatória a mais de um sistema de proteção social, seja ele de previdência social ou de seguridade social, é causa excludente da vinculação compulsória dos segurados obrigatórios empregados descritos no artigo 9º, inciso I, alíneas “e”, “g” e “q”, do Decreto nº 3.048, de 1999.

Desta forma, estão excluídos da vinculação obrigatória como segurados da previdência social brasileira, os empregados das missões diplomáticas ou das repartições consulares de carreira estrangeira, que sejam estrangeiros sem residência permanente no Brasil ou que sejam brasileiros sem residência no Brasil, desde que amparado pela legislação do país da respectiva missão diplomática ou da repartição consular (artigo 9º, inciso I, alínea “e”, do Decreto nº 3.048, de 1999). Está implícito em tal preceito de lei que os empregados que sejam cidadãos da mesma nacionalidade das missões diplomáticas ou das repartições consulares de carreira estrangeira estabelecidas no Brasil não estão vinculados compulsoriamente à previdência social brasileira, independente de haver ou não uma legislação previdenciária que os ampare no seu país de origem, já que a responsabilidade pelo amparo social é sempre do país empregador do qual obteve a sua nacionalidade.

Também estão excluídos da vinculação obrigatória como segurados da previdência social brasileira os brasileiros civis que trabalham para a União no exterior, em organismos oficiais internacionais dos quais o Brasil seja membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, quando forem amparados por regime próprio de previdência social instituído pela lei do país da localidade da prestação desses serviços (artigo 9º, inciso I, alínea “f”, do Decreto nº 3.048, de 1999).

Igualmente, estão excluídos da vinculação obrigatória como segurados da previdência social brasileira os estrangeiros contratados pela União para prestar serviços no exterior na condição de “auxiliares locais”, de conformidade com os artigos 56 e 57 da Lei nº 11.440, de 29/12/2006, “desde que, em razão de proibição legal, não possa filiar-se ao sistema previdenciário local” (artigo 9º, inciso I, alínea “g”, do Decreto nº 3.048, de 1999). Essa solidariedade social por nacionalidade do estrangeiro é obtida por extensão da responsabilidade que a União tem em relação ao brasileiro civil contratado para trabalhar nas mesmas repartições governamentais brasileiras situadas no exterior, à qual se soma a sua responsabilidade jurídica trabalhista, visto que a mencionada Lei nº 11.440, de 2006, rege um regime próprio de trabalho, diferente do regime estatutário do servidor público efetivo, do regime estatutário do empregado público e do regime estatutário de trabalho temporário para o Poder Público, que regem, dentro do território brasileiro, as relações entre a Administração Pública e o servidor público, também não sendo um regime jurídico de trabalho que integre o sistema jurídico celetista.

Por derradeiro, também estão excluídos da vinculação obrigatória como segurados da previdência social brasileira os empregados de organismos oficiais internacionais ou

estrangeiros estabelecidos no Brasil, que não estejam cobertos por regime próprio de previdência social (artigo 9º, inciso I, alínea “q”, do Decreto nº 3.048, de 1999), qual seja um regime de previdência social estrangeiro, que tenha sido instituído pelo país da origem da sua nacionalidade ou segundo o critério geral de vinculação previdenciária estabelecido pela Convenção nº 102, de 1952, da OIT.

4.3.4. A Solidariedade Social Internacional

A solidariedade social internacional, ao contrário do que se diz em relação à solidariedade social por nacionalidade, está fundamentada num altruísmo em relação aos cidadãos que não são brasileiros, por terem nacionalidade estrangeira.

Ela não se confunde com a solidariedade social espontânea da sociedade civil, que não conhece fronteiras e é descompromissada, mas pode ser assumida espontaneamente pelo Estado, para resolver situações jurídicas que resultem da trans-nacionalização do trabalho, desta forma assumindo responsabilidade jurídica pela proteção social dos estrangeiros que prestam serviços para o Brasil no exterior ou a proteção social dos estrangeiros que imigraram para o Brasil, aqui estabelecendo residência permanente.

Ela é precipuamente uma solidariedade social compulsória, construída pela União em face de uma sociedade estrangeira, à qual não lhe é possível impor qualquer compulsoriedade através das leis brasileiras, muito menos para construí-la da forma que o legislador constituinte brasileiro pretendeu em relação à sociedade brasileira no artigo 3º, inciso I, da Constituição brasileira de 1988.

A solidariedade social internacional decorre das relações internacionais estabelecidas pelo Governo brasileiro com outros países, e são regidas pelos princípios constitucionais dispostos no artigo 4º da Constituição brasileira de 1988, dentre os quais se destaca o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Sendo a proteção social um direito humano, de conteúdo material, se insere, perfeitamente, como objeto juridicamente tutelado por esse princípio constitucional, desde que haja um compromisso de cooperação estabelecido por tratados e convenções internacionais, ou acordos bilaterais ou pluripartites de cooperação entre países.

Desta forma, a solidariedade social internacional tem como ponto de partida a Convenção nº 102, de 1952, da OIT – Organização Internacional do Trabalho, que estabelece critérios técnicos e atuariais para a definição do que seja um sistema de proteção social, para possibilitar o intercâmbio da proteção social entre sistemas de previdência social estrangeiros, exigindo como benefícios mínimos a instituição de ao menos um tipo de aposentadoria e uma pensão, assim como a assistência médica mínima aos segurados.

Isto posto, se tornou possível a celebração de acordos bilaterais entre os países, para possibilitar o atendimento dos seus nacionais em solo estrangeiro, com a correspondente compensação financeira ao final do exercício fiscal de cada ano.

O Brasil mantém vários acordos bilaterais de cooperação em matéria previdenciária com os vários países para os quais os brasileiros se deslocam com muita frequência, praticamente com todos os países europeus, com todos os países da América do Sul, da América Central e da América do Norte, com o Japão e com alguns outros países asiáticos e africanos.

O Brasil também celebrou um acordo tripartite com a Argentina e o Paraguai, para possibilitar a contagem recíproca de tempo de serviço prestado no Brasil pelos argentinos e paraguaios ou a contagem recíproca de tempo de serviço prestado pelos brasileiros na Argentina ou no Paraguai, para que possam obter os benefícios previdenciários em qualquer desses países nos quais pretendam se radicar definitivamente após a aposentadoria.

4.3.5. A Solidariedade Social Comunitária

A solidariedade social comunitária é da mesma espécie da solidariedade social internacional, porém tendo um âmbito de atuação restrito ao território dos países que integram uma comunidade econômica (v.g., como é o caso da União Européia) ou uma comunidade cultural (como é o caso da Comunidade Lusófona, dos países de língua portuguesa).

A solidariedade social comunitária está presente nas Diretivas que regem a União Européia, estabelecendo regras de cooperação, de conteúdos os mais variados, notadamente em matéria trabalhista e de seguridade social, para resolver as mais variadas situações jurídicas que decorrem da trans-nacionalização do trabalho dentro do espaço interno da União Européia.

A solidariedade social comunitária está expressamente prevista no parágrafo único do artigo 4º da Constituição brasileira de 1988, no qual o legislador constituinte estabeleceu o compromisso permanente do Brasil com a integração latino-americana, com visos à formação de uma comunidade própria:

“A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando a formação de uma comunidade latino-americana de nações” (BRASIL, CF, 1988, art. 4).

Nas comunidades econômicas e culturais, os cidadãos dos países que as integram adquirem uma nacionalidade acessória, pois além da nacionalidade conferida por seus

países de origem, passam a usufruir da cidadania comunitária, da qual decorre um altruísmo de nivelamento.

4.3.6. A Solidariedade Social Meritória

A solidariedade social meritória é uma espécie de solidariedade social que não é compulsória, mas também não é espontânea, pois decorre de um altruísmo condicionado ao mérito de certos cidadãos nacionais.

A solidariedade social meritória decorre do altruísmo do Estado, e não do altruísmo da sociedade, estando historicamente fundamentado no “dever régio de premiar”, que se estabeleceu como princípio jurídico no antigo regime senhorial medieval português.

O dever de premiar ou galardoar era uma componente indissociável da prática genérica da Justiça, que consistia num dos atributos régios fundamentais, de sorte que os reis, mais do que ter o direito de distribuir mercês, tinham o dever de fazê-lo, premiando os serviços dos seus vassallos e fiéis e assegurando-lhes a condição e o estado que os seus deveres exigiam (SALDANHA, 1991, p. 61).

Desta forma, os méritos do cidadão o habilitam a receber um amparo social específico por parte do Estado e às custas do erário público, quando esse cidadão não puder obter o amparo social de que necessita dentro de um regime de previdência social, revestindo-se, portanto, de um caráter premial.

Não se tratam de benefícios meramente assistenciais, que somente são assegurados e concedidos aos cidadãos portadores de deficiência e aos idosos em elevado grau de indigência, “que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”, como é o caso da renda mensal instituída pelo artigo 203, inciso IV, da Constituição brasileira de 1988.

Também não se inserem nos planos de benefícios da previdência social, sendo, por isso, instituídos com caráter de excepcionalidade, com o rótulo de aposentadorias ou de pensões especiais, sem custeio prévio, sendo arcados os seus custos financeiros pelo Tesouro Nacional.

O que justifica, portanto, a concessão desses benefícios de prestação única ou de prestação continuada, sob a forma de aposentadorias ou de pensões especiais premiais, é o mérito decorrente do trabalho durante o tempo em que os seus beneficiários eram economicamente ativos, que lhes conferiu prestígio social, transformando-os em heróis nacionais.

No caso dos ex-jogadores da Seleção Brasileira de futebol campeões das Copas do Mundo de 1958, de 1962 e de 1970, eles se tornaram heróis não apenas dos brasileiros, mas também heróis de várias gerações de cidadãos estrangeiros amantes do Futebol, a

ponto de terem consagrado o jogador brasileiro “Pelé” (alunha do cidadão Edson Arantes do Nascimento) como o “Rei do Futebol”.

No caso específico da atleta olímpica Laís da Silva Souza ela era uma promessa de mais medalhas olímpicas para o Brasil, além daquelas que já tinha conquistado na sua curta trajetória de glória, que foi interrompida, para sempre, pelo destino, o que não subtraiu o reconhecimento da opinião pública e o orgulho do povo brasileiro pelo trabalho até então por ela realizado no campo esportivo, razão pela qual a Lei nº 13.087, de 2015, expressou esse sentimento nacional e concedeu a aposentadoria premial como reconhecimento de mérito.

5. O Valor das Rendas Mensais Vitalícias Concedidas aos Ex-Jogadores de Futebol e à Ex-Atleta Olímpica

Embora os benefícios não-contributivos mensais e vitalícios concedidos aos ex-jogadores de futebol e à ex-atleta olímpica tenham em comum o gênero, diferem quanto à espécie, porque, no primeiro caso, o benefício tem valor complementar (para complementar renda já existente), e, no segundo caso, o benefício tem valor integral (para substituir renda cessada).

Essa observação mais reforça o argumento de que essas rendas mensais vitalícias e não contributivas concedidas aos ex-jogadores de futebol e à ex-atleta olímpica se revestem de natureza previdenciária, e não de natureza assistencial, posto que a renda mensal vitalícia estabelecida pelo artigo 203, inciso V, da Constituição brasileira de 1988, tem valor único, e corresponde ao valor fixo de 1 (um) salário mínimo, para as pessoas portadoras e deficiência e para os idosos, assim como, no Programa Bolsa Família, o valor do benefício assistencialista é complementar de uma renda mensal que não é individual, mas familiar.

5.1. O Valor Complementar da Renda Mensal Vitalícia Concedida aos Ex-Jogadores de Futebol pela Lei nº 12.663, De 2012

O valor do auxílio especial mensal concedido aos ex-jogadores de futebol das seleções campeãs das Copas Mundiais de 1958, de 1962 e de 1970, pressupõe a existência de uma renda qualquer, no sentido tributário definido pela legislação do imposto de renda, que determina a apuração de uma renda mensal inicial, correspondente a “1/12 (um doze avos) do valor total dos rendimentos tributáveis, sujeitos a tributação exclusiva ou definitiva, não tributáveis e isentos informados na respectiva Declaração de Ajuste Anual do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física” (artigo 42, parágrafo único, da Lei nº 12.663, de 2012).

Uma vez apurado o valor dessa renda mensal inicial, correspondente à média mensal dos ganhos tributáveis, sobre ela incidirá a complementação do seu valor “até que seja atingido o valor máximo do salário de benefício do Regime Geral de Previdência”, conforme estatuído no artigo 42, *caput*, da Lei nº 12.663, de 2012.

Desta forma, o benefício concedido corresponde a um direito sujeito a condição suspensiva, sendo suscetível de ser adquirido apenas pelo ex-jogador de futebol campeão das Copas do Mundo de 1958, de 1962 e de 1970, ou por seus dependentes, caso essa renda mensal inicial seja menor do que o valor do limite-teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, que é regido pela Lei do Plano de Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8.213, de 24/07/1991).

5.2. O Valor Integral da Renda Mensal Vitalícia Concedida à Ex-Atleta Olímpica pela Lei nº 13.087, de 2015

Diversamente do que foi concedido aos ex-jogadores de futebol pela Lei Geral da Copa, o benefício mensal vitalício da ex-atleta olímpica Laís da Silva Souza corresponde a um valor integral, configurando um direito subjetivo público incondicionado, tendo sido fixado com base num valor único, correspondente ao valor máximo dos benefícios do regime geral de previdência social, conforme a disposição do artigo 1º, *caput*, da Lei nº 13.087, de 12/01/2015.

Na data da publicação dessa lei, o valor do “limite-teto” dos benefícios previdenciários era de R\$ 4.663,75 (quatro mil, seiscentos e sessenta e três reais e setenta e cinco centavos).

6. O Critério de Atualização do Valor das Rendas Mensais Vitalícias Concedidas aos Ex-Jogadores de Futebol e à Ex-Atleta Olímpica

Tanto a renda mensal do benefício vitalício concedido aos ex-jogadores de futebol das Seleções Brasileiras campeãs das Copas do Mundo de 1958, de 1962 e de 1970, como a renda mensal do benefício vitalício concedido à ex-atleta Laís da Silva Souza estão atreladas ao valor do limite-teto dos benefícios concedidos pelo Plano de Benefícios do Regime Geral da Previdência Social, de sorte que seguem o mesmo critério de atualização estabelecido pela Lei nº 8.213, de 24/07/1991, para a atualização dos benefícios previdenciários em geral, o que mais reforça o argumento de que essas rendas mensais não têm natureza jurídica assistencialista, e sim previdenciária.

A Lei nº 12.663, de 2012, não faz menção expressa ao critério de atualização do valor da renda mensal do benefício vitalício e não-contributivo concedido aos ex-jogadores de futebol, deixando implícito que esse critério é o mesmo que deverá ser utilizado para

o reajuste geral do valor dos benefícios previdenciários do Regime Geral de Previdência Social.

Mas a Lei nº 13.087, de 12/01/2015, deixa bem claro que, no caso da renda mensal da pensão especial premial concedida à ex-atleta olímpica Laís da Silva Souza, seu valor será atualizado pelos mesmos índices e critérios de atualização adotados para os benefícios do Regime Geral da Previdência Social (artigo 1º, § 2º).

7. A Fonte de Custeio da Rendas Mensais Vitalícias Não-Contributivas Concedida aos Ex-Jogadores de Futebol e à Ex-Atleta Olímpica

A regra geral estabelecida pela Constituição da República, pela legislação infraconstitucional e pela prática administrativa da autarquia gestora da seguridade social, é a de que os benefícios de proteção social, sejam eles previdenciários ou assistenciais, concedidos fora do Sistema da Seguridade Social, e que, portanto, não poderão ser arcados pelo orçamento da seguridade social (artigo 165, § 5º, inciso III, da Constituição brasileira de 1988), são de responsabilidade do orçamento fiscal, mais conhecido como “Tesouro Nacional” (artigo 165, § 5º, inciso I, da mesma Constituição).

Essa regra foi constitucionalizada pelo Decreto nº 5, de 19/11/1889, pelo Governo Provisório da I República, quando mandou listar os pobres, as viúvas, os inválidos, os enfermos e os desempregados que recebiam ajuda financeira mensal dada pelo Imperador deposto, D. Pedro II, e lhes assegurou a manutenção da renda mensal que recebiam, com encargo dos recursos do Tesouro Nacional, e, a partir de então, se tornou uma prática constitucional no Brasil.

Por se tratarem de benefícios não-contributivos, a dotação orçamentária para o seu pagamento não pode ser proveniente do orçamento da seguridade social, devendo ser arcada pelo orçamento fiscal da União.

A Lei nº 12.663, de 2012 (Lei Geral da Copa), estatui que o pagamento do prêmio em dinheiro aos ex-jogadores de futebol das Seleções Brasileiras campeãs de 1958, de 1962 e de 1970 será procedido com recursos orçamentários do Ministério do Esporte (artigo 40), e que o pagamento do auxílio especial mensal ser-lhes-á pago pelo INSS – Instituto Nacional do Seguro Social (artigo 44, *caput*), com recursos provenientes do Tesouro Nacional (artigo 47, *caput*), repassados ao Ministério da Previdência Social (artigo 47, parágrafo único).

A seu turno, a Lei nº 13.087, de 12/01/2015, estabeleceu que as despesas com o pagamento da pensão especial concedida à ex-atleta Laís da Silva Souza correrão por conta do “programa orçamentário indenizações” e “das pensões especiais de responsabilidade da União” (artigo 2º), o que implica dizer que a fonte do seu custeio também é o Tesouro

Nacional, estando implícito que o pagamento também será feito pelo INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, em virtude da remissão legislativa expressa aos índices e critérios de reajuste do Regime Geral de Previdência Social (artigo 2º).

8. Conclusões

O exame dos aspectos objetivos e subjetivos da concessão das rendas mensais vitalícias não-contributivas concedidas aos atletas de futebol da Seleção brasileira de futebol campeão das Copas do Mundo de 1958, 1962 e 1970, pela Lei nº 12.663, de 2012, assim como da concessão de vantagem equivalente à ex-atleta olímpica Laís da Silva Souza, pela Lei nº 13.087, de 12/01/2015, revela que, contrariamente à natureza jurídica assistencialista afirmada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, no processo ADI 4976, elas se revestem de natureza jurídica previdenciária.

Um exame mais metucioso do tipo de altruísmo que levou a União a conceder esses benefícios mensais vitalícios não-contributivos revela a existência de uma solidariedade social meritória, que atende aos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, proclamados no artigo 1º, incisos II (cidadania), III (dignidade da pessoa humana) e IV (valor social do trabalho), da Constituição brasileira de 1988, impondo reconhecer que o Estado também pode tomar a iniciativa de reconhecer direitos sociais não previstos em lei e de conceder benefícios de proteção social não-contributivos na seara da solidariedade social meritória, que está condicionada ao mérito de certos cidadãos que obtiveram prestígio social durante a fase economicamente ativa da sua vida, em decorrência do trabalho que prestaram, o que confere o caráter premial a essas concessões.

Essa solidariedade social meritória decorre do altruísmo do Estado, e não do altruísmo da sociedade, estando historicamente fundamentado no “dever régio de premiar”, que se estabeleceu como princípio jurídico no antigo regime senhorial medieval português.

Embora os benefícios não-contributivos mensais e vitalícios concedidos aos ex-jogadores de futebol e à ex-atleta olímpica tenham em comum o gênero, diferem quanto à espécie, porque, no primeiro caso, o benefício tem valor complementar (para complementar renda já existente), e, no segundo caso, o benefício tem valor integral (para substituir renda cessada), o que reforça o argumento de que essas rendas mensais vitalícias e não-contributivas concedidas aos ex-jogadores de futebol e à ex-atleta olímpica se revestem de natureza previdenciária, e não de natureza assistencial, aplicando-se-lhes os mesmos índices e critérios de atualização aplicáveis aos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, o que, ao nosso ver, torna inquestionável a natureza jurídica previdenciária dessas aposentadorias e pensões premiais, mensais, vitalícias e não-contributivas rotuladas de “auxílio especial mensal” e de “pensão especial”, posto que a natureza jurídica não decorre

da designação que se atribui à vantagem, mas do conjunto dos seus elementos característicos, que são, no caso desse estudo, evidentemente previdenciários.

9. Referências

- BAZZANO, Claudio. **La Previdenza Complementare e Integrativa**; Dal primo al quarto pilastro. Milão: Cosa & Come. 1997.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 1988.
- BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 25 jul. 1991.
- BRASIL. Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 08 dez. 1993.
- BRASIL. Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 07 maio 1999.
- BRASIL. Lei nº 12.663, de 05/06/2012. Dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude – 2013, que serão realizadas no Brasil; altera as Leis nos. 6.815, de 19 de agosto de 1980, e 10.671, de 15 de maio de 2003; e estabelece concessão de prêmio e de auxílio especial mensal aos jogadores das seleções campeãs do mundo em 1958, 1962 e 1970. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 06 jun. 2012.
- BRASIL: Lei nº 13.087, de 12/01/2015. Concede pensão especial à atleta Laís da Silva Souza. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 13 jan. 2015.
- DURAND, Paul. **La Politique Contemporaine de la Sécurité Sociale**. Paris: Dalloz. 1953.
- SALDANHA, Antônio Vasconcelos de. **As Capitánias: O Regime Senhorial na Expansão Ultramarina Portuguesa**. Funchal: Centro de Estudos de História do Atlântico. 1991.
- TAVARES, Maria José Pimenta Ferro. **Pobreza e Morte em Portugal na Idade Média**. Lisboa: Editorial Presença. 1989.

ASSISTÊNCIA SOCIAL AOS PRESOS: UMA OPÇÃO À IMPOSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DO DIREITO AO TRABALHO

JEFFERSON APARECIDO DIAS

Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide de Sevilha (Espanha), Procurador da República de Marília e Procurador Regional dos Direitos do Cidadão Substituto do Estado de São Paulo, Professor convidado do Mestrado em Direitos Humanos, Desenvolvimento e Interculturalidade da Universidade Pablo de Olavide e Professor permanente do Mestrado em Direito da Universidade de Marília (UNIMAR).

FERNANDA MESQUITA SERVA

Doutoranda em Educação na UNESP-Marília e Mestre em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR), Doutoranda na UNESP, campus Marília, e Pró-Reitora de Ação Comunitária da Universidade de Marília (UNIMAR).

Resumo

Ao contrário do que sentencia o ditado popular, de que o direito de cada um termina onde começa o do outro, a realidade é que o direito de cada cidadão termina onde termina o direito do outro. Isso porque os direitos das pessoas são convergentes e não contraditórios. A partir dessa nova premissa, o presente artigo pretende sustentar a possibilidade de as pessoas presas pela prática de crimes receberem o benefício assistencial previsto no art. 203 da Constituição e regulamentado pela Lei nº 8.742/1993, desde que estejam preenchidos os requisitos previstos na lei. Além disso, o objetivo é demonstrar o equívoco das decisões que negam o referido benefício assistencial sob o argumento de que os presos já estão amparados pelo Estado, a partir da análise de relatórios que demonstram a situação caótica na qual se encontram os presídios e unidades prisionais no Brasil.

Palavras-chave

Assistência social; Execução penal; Benefício assistencial; Preso.

Abstract

Contrary to what states the popular saying, that the right of each individual ends where the other begins, in reality the right of every citizen ends where it ends the right of

the other. This is because the people's rights are converging and not contradictory. From this new premise, this article aims to sustain the possibility of people arrested for crimes to receive welfare provided for in art. 203 of the Constitution and regulated by Law No. 8,742 / 1993, provided that all requirements are fulfilled the law. In addition, the objective is to demonstrate the misconception of the decisions that deny such welfare benefit on the grounds that prisoners are already supported by the state, from the analysis of reports showing the chaotic situation in which prisons and correctional facilities in Brazil are.

Key words

Social assistance; Penal execution; Welfare; Arrested.

1. Introdução

Um dos temas mais discutidos na atualidade diz respeito ao tratamento que deve ser dispensado às pessoas que se encontram privadas de sua liberdade em razão de condenações decorrentes da prática de crimes.

Afinal, seria justo que um Estado que não consegue garantir direitos para todos os seus cidadãos dispensar recursos para atender às necessidades daquelas pessoas que cometeram crimes? Ou o correto seria tratar de forma diferenciada aqueles cidadãos em conflito com lei, restringindo-lhes os direitos?

Na verdade, a nossa evolução jurídico-histórica ainda não nos permitiu perceber que, ao definirmos os direitos de um cidadão, estamos definindo os direitos de todos os cidadãos. Assim, se definimos que um cidadão tem determinados direitos, que estão sujeitos a certas restrições em condições específicas, por ter a norma, em tese, conceitos gerais e abstratos, estamos definindo quais serão os direitos de todos os cidadãos e quais as restrições a que tais direitos estão sujeitos.

Dessa forma, a máxima popular de que o direito de um **termina** onde **começa** o direito do outro, na verdade, está equivocada, pois o direito de cada um **termina** exatamente onde **termina** o direito do outro. Afinal, os direitos de cada um não são conflitantes, mas sim convergentes com o direito do outro.

A partir dessas premissas, o presente artigo pretende analisar o cabimento do benefício assistencial de prestação continuada, previsto na Constituição Federal e regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social, às pessoas privadas de liberdade pela prática de crimes.

Antes, porém, serão apresentadas algumas considerações sobre o direito de punir do Estado e, na sequência, quais seriam os objetivos das penas aplicadas àqueles que são condenados pela prática de crimes, com destaque para o ideal de ressocialização que deve nortear o tema.

Em seguida, será apresentado o núcleo do presente texto, que é a defesa do direito de trabalho dos presos e, por consequência, o direito do preso idoso (com 65 anos de idade ou mais) ou com deficiência de receber o benefício assistencial, nos casos em que não tiver condições de trabalhar e prover a própria subsistência, ou tê-la provida por sua família.

Por fim, serão feitas algumas considerações sobre aspectos práticos da concessão ou não do benefício assistencial para pessoas privadas de liberdade.

2. O Direito de Punir do Estado

Segundo a concepção dos jusfilósofos, o ser humano, no início de sua existência, vivia no que se convencionou chamar de Estado da Natureza e, nessa situação, tinha liberdade plena para realizar o que bem entendesse.

O problema é que um ser humano dotado de tal liberdade plena, ao se deparar com outro ser humano com a mesma liberdade, não tinha a quem recorrer, prevalecendo a vontade do mais forte. Assim, nas palavras de Hobbes, o “homem era um lobo para o homem”.

Para que sua liberdade fosse garantida, segundo os contratualistas, o ser humano optou por abrir mão de parte de sua liberdade em favor de um ente superior que, em troca, garantiria o restante de sua liberdade. Assim, nasce o Estado que, em detrimento de restringir a liberdade de cada um, tem como papel garantir as liberdades de todos¹:

Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constitui a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos de administração foi proclamado o soberano do povo.

...

A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; ...

Porém, esse dever de proteger a liberdade de todos, em determinados momentos, exige que o Estado impeça a prática de determinados atos e, caso eles ocorram, imponha sanções às pessoas que o praticaram. Em casos extremos, quando o ato praticado foi definido como crime, surge a necessidade de imposição de sanções, por meio de um sistema penal, que é uma das modalidades de controle social institucionalizado²:

1 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo : Martin Claret, 2000, p. 19.

2 ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Vol. 1. Parte geral. 6. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 63.

O sistema penal é a parte do controle social que resulta institucionalizado em forma punitiva e com discurso punitivo (apesar de que frequentemente, inclusive neste âmbito, se tratou de encobrir tal discurso, ainda que de forma grosseira, dado o inquestionável da realidade punitiva).

A forma punitiva, como é evidente, se baseia na aplicação de penas àqueles que cometem condutas descritas como crimes, e tais penas, num primeiro momento, eram aplicadas a partir do princípio do talião, ou seja, na máxima do “olho por olho, dente por dente, sangue por sangue”³

Esse modelo, porém, foi gradativamente alterado, sendo substituído por legislações que, apesar de continuarem a considerar o direito penal uma forma de o Estado punir uma conduta tida como indesejável, passou a incorporar, também, o objetivo de prevenir a prática de delitos e, o que é mais importante para o presente artigo, ressocializar o condenado para que ele, depois de cumprida a pena, possa voltar a viver em sociedade.

Assim, depois de uma longa evolução que demandou centenas de anos, chegamos ao ponto de que a pessoa que cometeu um crime, a despeito de ter que cumprir uma pena, continua a ser considerada cidadã e, nessa qualidade, é titular de direitos.

Feitas essas reflexões sobre o direito de punir do Estado, serão apresentadas algumas considerações sobre quais são ou, pelo menos, deveriam ser os objetivos das penas aplicadas às pessoas que praticam crimes.

3. Os Objetivos da Pena

Se num primeiro momento a pena tinha como função precípua vingar a pessoa ofendida, retribuindo o mal praticado com outro mal, com a evolução do direito penal, a pena passou a ter, também, outros objetivos, como a prevenção e a ressocialização.

Essa evolução do direito de punir do Estado é sustentada por três diferentes correntes doutrinárias⁴:

As teorias absolutas (de retribuição ou retribucionistas) têm como fundamento da sanção penal a exigência de justiça: pune-se o agente porque cometeu um crime (*punitur quia peccatum est*)... O castigo compensa o mal e dá reparação à moral.

3 “Segundo alguns juristas e teólogos medievais e posteriores, o talião possuía um sentido puramente metafórico, indicando a proporcionalidade da pena, enquanto, para outros, o “olho por olho, dente por dente, sangue por sangue” tinha um sentido literal e assim foi aplicado entre os hebreus”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIÉRANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Vol. 1. Parte geral. 6. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 159.

4 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**, v. 1, Parte Geral. 6ª ed. São Paulo : Atlas, 1991, p. 234-235.

(...)

Nas teorias relativas (utilitárias ou utilitaristas) dava-se à pena um fim exclusivamente prático, em especial o de prevenção. O crime não seria causa da pena, mas a ocasião para ser aplicada... A pena é intimidação para todos, ao ser cominada abstratamente, e para o criminoso, ao ser imposta no caso concreto.

(...)

Já para as teorias mistas (eccléticas) fundiram-se as duas correntes. Passou-se a entender que a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção.

(...)

Com o surgimento da Escola da Defesa Social, de Adolfo Prins e Filippo Grammatica, e, mais recentemente com a Nova Defesa Social, de Marc Ancel, tem-se buscado instituir um movimento de política criminal humanista fundado na ideia de que a sociedade apenas é defendida à medida que se proporciona a adaptação do condenado ao meio social (teoria ressocializadora).

Em decorrência dessa teoria ressocializadora, deve ser observado, na aplicação e execução das penas impostas, o princípio da atenuação ou compensação, assim conceituado por Alberto Silva Franco⁵:

O princípio da atenuação ou compensação tem seu núcleo essencial na ideia de que o cumprimento da pena na prisão não deve resumir-se exclusivamente no trancafiamento de uma pessoa em estabelecimento prisional para efeito de ser submetida a normas de segurança e de disciplina. Ao afastamento obrigatório do recluso da vida em liberdade, devem corresponder compensações que visem estimulá-lo ao exercício de direitos não atingidos pela condenação, atenuando, assim, os efeitos desse afastamento, e que possibilitem à promoção de um processo de reintegração social.

Essa necessidade de ressocialização do preso tem sido reconhecida pela Jurisprudência⁶:

“O regime prisional “tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal” e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, os quais são classificados de

5 FRANCO, Alberto Silva et al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 545.

6 Decisão citada por: FRANCO, Alberto Silva et al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 545.

acordo com os antecedentes e a personalidade, podendo progredir de um regime mais rigoroso para outro mais suave por um sistema de mérito em que são considerados requisitos objetivos e subjetivos (STJ – HC 950 – Rel. Costa Lima – DJU DE 16.3.92, p. 3102).

Como se vê, a aplicação da pena e a restrição da liberdade do preso não devem resultar na restrição de outros direitos, uma vez que quanto maior a garantia de direitos não atingidos pela sanção imposta, maior a possibilidade de se obter a ressocialização do preso quando ele terminar o cumprimento da pena.

Nesse sentido, a garantia do direito ao trabalho é reconhecidamente uma das melhores formas de ressocializar o ex-detento, razão pela qual a obtenção do trabalho deve ser buscada ainda durante o cumprimento da pena.

Aqui, porém, surge um questionamento: e se o preso, apesar de lhe ser garantida a possibilidade de trabalhar, não tem condições de fazê-lo em razão de ser pessoa idosa ou com deficiência?

A resposta a tal questão se pretende oferecer no próximo item.

4. O Direito ao Trabalho ou ao Benefício Assistencial

A Constituição Federal, norma suprema do ordenamento jurídico, estabelece entre os direitos sociais, o direito ao trabalho:

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.

Já em relação aos acusados em processos crime, a Constituição, em seu art. 5º, traz um extenso rol de direitos e garantias, dentre os quais, para este trabalho, merecem destaque os seguintes:

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:

(...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

(...)

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;
- (..)

Assim, diante da leitura dos preceitos constitucionais acima mencionados, é possível concluir que o trabalho é um direito social garantido a todas e todos, inclusive aos que estão cumprindo penas pela prática de crimes, uma vez que para estes é expressamente vedada a pena de trabalhos forçados.

Claro que o texto constitucional permite que sejam aplicadas penas de suspensão ou interdição de direitos, mas deixa claro que o trabalho forçado não é uma opção válida, além de exigir, para a aplicação de uma pena, que ela esteja previamente estabelecida na lei para determinado crime.

Além disso, apesar de a Constituição não trazer expresso o direito do preso ao trabalho, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) dedica todo um capítulo ao tema (o III). Dentre os artigos do presente capítulo, merecem destaque:

CAPÍTULO III

Do Trabalho

SEÇÃO I

Disposições Gerais

Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

§ 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.

§ 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

- a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;
- b) à assistência à família;
- c) a pequenas despesas pessoais;
- d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

§ 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

Art. 30. As tarefas executadas como prestação de serviço à comunidade não serão remuneradas.

SEÇÃO II

Do Trabalho Interno

Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

Parágrafo único. Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento.

Art. 32. Na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado.

§ 1º Deverá ser limitado, tanto quanto possível, o artesanato sem expressão econômica, salvo nas regiões de turismo.

§ 2º Os maiores de 60 (sessenta) anos poderão solicitar ocupação adequada à sua idade.

§ 3º Os doentes ou deficientes físicos somente exercerão atividades apropriadas ao seu estado.

Art. 33. A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados.

Parágrafo único. Poderá ser atribuído horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal.

Art. 34. O trabalho poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do condenado.

§ 1º Nessa hipótese, incumbirá à entidade gerenciadora promover e supervisionar a produção, com critérios e métodos empresariais, encarregar-se de sua comercialização, bem como suportar despesas, inclusive

pagamento de remuneração adequada. (Renumerado pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 2º Os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

Art. 35. Os órgãos da Administração Direta ou Indireta da União, Estados, Territórios, Distrito Federal e dos Municípios adquirirão, com dispensa de concorrência pública, os bens ou produtos do trabalho prisional, sempre que não for possível ou recomendável realizar-se a venda a particulares.

Parágrafo único. Todas as importâncias arrecadadas com as vendas reverterão em favor da fundação ou empresa pública a que alude o artigo anterior ou, na sua falta, do estabelecimento penal.

SEÇÃO III

Do Trabalho Externo

Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

§ 1º O limite máximo do número de presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra.

§ 2º Caberá ao órgão da administração, à entidade ou à empresa empreiteira a remuneração desse trabalho.

§ 3º A prestação de trabalho à entidade privada depende do consentimento expresso do preso.

Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

Parágrafo único. Revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos neste artigo.

Pela leitura do parágrafo único do art. 31, acima mencionado, pode-se chegar à conclusão de que o trabalho seria obrigatório para os presos definitivos, uma vez que o referido preceito expressamente dispõe que o trabalho não é obrigatório para os presos provisórios.

Porém, da leitura dos arts. 39 e 41, que estabelecem, respectivamente, os deveres e direitos do condenado, verifica-se que o trabalho, além de um dever, também é um direito:

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

(...)

V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;

(...)

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

(...)

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

Além disso, o art. 41 é expresso em estabelecer que ao preso deve ser garantida a remuneração pelo trabalho executado, a Previdência Social, a possibilidade de constituição de pecúlio (economia), além da distribuição proporcional do tempo para o trabalho, descanso e recreação.

Ao interpretar todos os preceitos acima mencionados, previstos tanto na Constituição quanto na Lei de Execução Penal, os Tribunais têm reconhecido o trabalho como um direito subjetivo dos condenados:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO. CONDENÇÃO. TRABALHO EXTERNO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. **1. A Constituição Federal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal garantem ao preso o direito de trabalhar;** 2. O condenado por crime hediondo, por força dos arts. 6º, CR, 34, § 3º, CP e 36, LEP, pode exercer atividade laboral externa, não havendo qualquer incompatibilidade desses dispositivos com o art. 2º, § 1º, Lei 8.072/90; 3. Ordem parcialmente concedida para que o Juízo da execução analise os requisitos legais para deferimento do pedido de trabalho extramuros. (destaque nosso) (Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus 200400560099. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator Ministro Paulo Medina. DJ: 18/04/2005, p. 395)

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 1º, II, DA LEI N.º 8.137/90, C/C OS ARTS. 11 E 12 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. PROGRESSÃO DE REGIME. TRABALHO EXTERNO. I - Em hipóteses excepcionais, esta Corte tem concedido ao condenado em regime semi-aberto, o cumprimento da reprimenda em regime aberto, desde que não haja vaga no estabelecimento prisional adequado. Na hipótese dos autos, entretanto, não é possível auferir tal situação, uma vez que o impetrante se limita a meras conjecturas, sem comprovar de forma robusta e subsistente, as alegações acerca de irregularidades no presídio onde deve

ser cumprida a pena e da falta de vagas para o regime semi-aberto. Ademais, o paciente encontra-se foragido, sequer tendo iniciado a execução da pena. **II - Segundo o entendimento jurisprudencial do STJ, o direito ao trabalho externo pode ser conferido ao condenado, independentemente do cumprimento de um sexto da pena, desde que estejam presentes os requisitos subjetivos, constantes do art. 37 da Lei de Execuções Penais, quais sejam, aptidão, disciplina e responsabilidade.** Ocorre que nem o Juízo da Execução, nem o e. Tribunal a quo, deles tratou. Dessa forma, fica esta Corte impedida de se manifestar a pedido de trabalho externo, sob pena de supressão de instância. (Precedentes.) Recurso parcialmente conhecido e, nesse ponto, desprovido. (destaque nosso). (Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em Habeas corpus 200200164758. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator Ministro Felix Fischer. DJ: 31/05/2004, p. 325)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. DIREITO DO PRESO AO TRABALHO. INEXISTÊNCIA DE VAGA. REMIÇÃO INDEPENDENTE DO TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE. **1. Atribuição de trabalho e sua remuneração constituem direito do preso, nos termos do art. 41, II da Lei de Execução Penal.** Os dias de trabalho ou de atividade estudantil serão computados para fins de remição, segundo o art. 126 do mesmo diploma legal. 2. A remição, de acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal constitui expectativa de direitos, condicionada ao preenchimento de todos os requisitos legais. Assim, não há falar em remição quando não prestado o trabalho ou comprovada a frequência em curso de ensino formal. 3. A falta de oportunidade de trabalho ou estudo no estabelecimento prisional não importa em direito à remição independentemente do efetivo labor. Precedentes desta e. Corte. 4. Deve ser assegurado ao reeducando o direito ao trabalho, no estabelecimento prisional em que se encontra, garantindo-se, assim, a remição da pena bem como a reinserção do indivíduo na sociedade. 5. Agravo em execução parcialmente provido. (destaque nosso). (Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo em Execução Penal 201041000007567. Órgão Julgador: Terceira Turma. e-DJF1: 20/05/2011. p. 33)

Diante desse quadro, a pergunta que se pretende responder com este artigo é: e se o condenado, apesar de ter direito ao trabalho, não consegue trabalhar por ser uma pessoa com deficiência ou por ter completado 65 anos de idade?

De acordo com o texto constitucional, a assistência social será prestada a “*quem dele necessitar*”:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

- II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
- III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
- IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
- V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Como se vê, segundo o artigo acima mencionado (que não exclui as pessoas que se encontram encarceradas) será garantido *“um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”*.

Visando regulamentar referido preceito constitucional, foi editada a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que prevê:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

Referida lei, da mesma forma que a Constituição, também não excluiu expressamente a possibilidade de pessoas encarceradas receberem o benefício assistencial. Na verdade, ao contrário disso, trouxe expresso preceito que, aplicado por analogia, permite chegar à conclusão oposta, ou seja, que o fato de a pessoa estar recolhida num estabelecimento prisional não é impeditivo de tal recebimento:

Art. 20

(...)

§ 5º A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

Dessa forma, o fato de uma pessoa idosa ou com deficiência estar acolhida numa instituição de longa permanência não a impede de receber o benefício assistencial, regra que também deverá ser aplicada se o requerente do benefício encontra-se recolhido em instituição prisional.

Em outras, o preceito acima mencionado deve ser aplicado por analogia às pessoas que se encontram recolhidas em estabelecimentos prisionais cumprindo pena e essa

situação não dever ser elencada como impeditiva para a concessão do benefício assistencial.

Com isso, seria garantida a aplicação de todos os preceitos até aqui mencionados, ou seja, além de se garantir a aplicação da lei penal, com a imposição das respectivas sanções àqueles que cometeram delitos, também seria respeitada a legislação que garante ao preso o direito ao trabalho ou, no caso de impossibilidade em razão da idade ou deficiência, o recebimento do benefício assistencial previsto no art. 203 da Constituição e regulamentado pela Lei nº 8.742/1993.

Claro que existe decisão em sentido contrário:

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LEI Nº 8.742, DE 1993. DEFICIENTE. CONDIÇÃO DE PRESO. É devido o benefício assistencial da Lei nº 8.742, de 1993, a deficiente incapaz para o trabalho, que não vive com seus familiares, porém somente até a data em que passou à custódia do Estado, passando a ser por este sustentado e assistido, na condição de preso. (TRF-4 - AC: 2135 SC 2008.72.99.002135-4, Relator: RÔMULO PIZZOLATTI, Data de Julgamento: 10/03/2011, Quinta Turma, Data de Publicação: D.E. 24/03/2011).

Essa decisão suscita o fato de, ao estar recolhido em estabelecimento prisional, o condenado estaria totalmente amparado pelo Estado que, nessas condições, garantiria todas as suas necessidades básicas, sendo desnecessário o pagamento do benefício assistencial.

Levantamentos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁷, porém, indicam que as condições das instituições prisionais não são aptas a garantir os direitos dos presos. Na verdade, a situação é a oposta, ou seja, é extremamente comum a violação de direitos dos presos.

Nesse aspecto, nos últimos anos, ganhou destaque na mídia nacional e internacional a situação caótica dos presídios do Estado de Espírito Santo, em especial na Casa de Custódia de Viana (Casuvi)⁸, e do Estado do Maranhão, com destaque para o presídio de Pedrinhas (MA)⁹.

Apesar desses casos terem ganho notoriedade, o certo é que todas as unidades prisionais apresentam deficiências e, desse modo, não conseguem garantir de forma adequada as necessidades básicas dos que nelas estão recolhidos.

7 Para relatórios atualizados do CNJ relativos à situação dos presídios, ver a página do projeto “GEOPRESÍDIOS”. Disponível em: www.cnj.jus.br/geopresidios. Acesso em: 06/03/2014.

8 VIOLAÇÕES de direitos humanos no sistema prisional do Espírito Santo. Atuação da Sociedade civil. Data: maio/2011. Disponível em: http://global.org.br/wp-content/uploads/2011/06/SistemaPrisona-IES_2011.pdf. Acesso em: 04/02/2014.

9 PRESOS filmam decapitados em penitenciária no Maranhão; veja vídeo. Data: 07/01/2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/1394160-presos-filmam-decapitados-em-penitenciaria-no-maranhao-veja-video.shtml>. Acesso em: 04/02/2014.

Na prática, tal situação faz com que aos presos sejam impostas outras sanções, além daquelas expressamente previstas na lei e aplicadas no caso concreto. Assim, ao ser sentenciado a cumprir cinco anos de reclusão em regime inicial fechado, o réu, na realidade, está sendo condenado a tal pena e, também, a um extenso rol de restrições aos seus direitos. O acesso à alimentação adequada, ao sistema de saúde, aos produtos básicos para uma higiene pessoal mínima são apenas algumas das restrições que, a despeito de não estarem previstas na lei, são impostas aos presos.

Assim, nessa situação, negar a concessão do benefício assistencial ao preso idoso ou com deficiência não se justifica e demonstra um total desconhecimento da realidade dos presídios e unidades prisionais brasileiras.

Claro que, em algumas situações, o benefício assistencial não deverá ser pago aos condenados que cumprem penas, o que se analisará no próximo item.

5. Aspectos Práticos da Concessão do Benefício Assistencial aos Presos

Evidente que, em alguns casos, não será possível a concessão do benefício assistencial às pessoas que se encontram recolhidas em unidades prisionais.

A primeira das exceções, que decorre da própria lei, diz respeito aos casos em que é cabível a concessão de algum benefício previdenciário ao preso ou aos seus familiares:

Art. 20.

(...)

§ 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

Assim, se a pessoa presa preenche os requisitos legais para receber um benefício previdenciário, como auxílio-doença, alguma espécie de aposentadoria ou mesmo o auxílio reclusão para os seus dependentes, é incabível o pagamento do benefício assistencial.

Além disso, também não será devido o benefício assistencial se não estiverem preenchidos os demais requisitos objetivos previstos na lei, ou seja, se o condenado não tiver completado os 65 anos de idade ou, ainda, não for considerado deficiente.

Também não deverá ser concedido o benefício assistencial se a família do preso tiver condições de garantir a sua subsistência, mesmo que ele tenha 65 anos de idade ou mais, ou seja pessoa com deficiência.

Surge a dúvida, porém, quanto à renda da família, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou inconstitucionais os preceitos que estabeleciam o limite

de $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo como renda mensal per capita máxima para a concessão do benefício assistencial¹⁰:

STF declara inconstitucional critério para concessão de benefício assistencial a idoso

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) confirmou nesta quinta-feira (18) a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742/1993) que prevê como critério para a concessão de benefício a idosos ou deficientes a renda familiar mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo, por considerar que esse critério está defasado para caracterizar a situação de miserabilidade. Foi declarada também a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 34 da Lei 10.471/2003 (Estatuto do Idoso).

Recursos Extraordinários

A decisão de hoje ocorreu na Reclamação (RCL) 4374, no mesmo sentido do entendimento já firmado pelo Plenário na sessão de ontem, quando a Corte julgou inconstitucionais os dois dispositivos ao analisar os Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963, ambos com repercussão geral. Porém, o Plenário não pronunciou a nulidade das regras. O ministro Gilmar Mendes propôs a fixação de prazo para que o Congresso Nacional elaborasse nova regulamentação sobre a matéria, mantendo-se a validade das regras atuais até o dia 31 de dezembro de 2015, mas essa proposta não alcançou a adesão de dois terços dos ministros (quórum para modulação). Apenas cinco ministros se posicionaram pela modulação dos efeitos da decisão (Gilmar Mendes, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello).

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal também decidiu pela inconstitucionalidade do preceito que exclui do cálculo da renda per capita o benefício assistencial anteriormente concedido a outra pessoa idosa, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 580963:

O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e declarou incidenter tantum a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do idoso), vencidos os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que davam provimento ao recurso. Não foi alcançado o quorum de 2/3 para modulação dos efeitos da decisão para que a norma tivesse validade até 31/12/2015. Votaram pela modulação os Ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber,

10 STF declara inconstitucional critério para concessão de benefício assistencial a idoso. Data: 18/04/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354>. Acesso em: 06/03/2014.

Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello. Votaram contra a modulação os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa (Presidente). O Ministro Marco Aurélio absteve-se de votar quanto à modulação. O Ministro Teori Zavascki reajustou seu voto proferido na assentada anterior. Plenário, 18.04.2013. (STF, Recurso Extraordinário nº 580.693/PR, Relator Ministro Gilmar Mendes. Decisão: 18/04/2013. Data de publicação: DJE 14/11/2013 - ATA Nº 174/2013. DJE nº 225, divulgado em 13/11/2013).

Diante de tais decisões, a solução que tem sido adotada é a análise individualizada de cada caso, com o fim de verificar se a família do requerente tem ou não condições de garantir a sua subsistência:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. IDADE E ESTADO DE MISERABILIDADE COMPROVADOS. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO NA VIA ADMINISTRATIVA. EXTINÇÃO DO FEITO COM JULGAMENTO DO MÉRITO QUANTO AO PERÍODO POSTERIOR À CONCESSÃO ADMINISTRATIVA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO QUANTO AO PERÍODO ANTERIOR. SENTENÇA REFORMADA.

1. Para fins de composição da renda familiar, entendo que não pode ser computado o benefício previdenciário de valor mínimo percebido por idoso, com 65 anos ou mais, considerado necessário a sua sobrevivência digna (Aplicação por analogia do parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/2003). 2. CPC. 2. Inexistindo critério numérico atual tido por constitucional pelo STF (Declaração de Inconstitucionalidade do critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, previsto no §3º do art. 20 da LOAS - Rcl nº 4374), inviável o indeferimento do benefício pelo simples fato de a renda per capita ser superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Cuidando-se de renda que pouco supera esse parâmetro e consideradas as restantes circunstâncias do caso concreto, tenho por verificada a situação de miserabilidade. 3. Como houve a concessão administrativa do benefício assistencial em favor do autor no curso desta ação, é de ser julgado extinto o feito com julgamento do mérito por reconhecimento parcial do pedido, com relação ao período posterior à concessão administrativa, nos termos do art. 269, inc. II, do CPC. 4. Preenchidos os requisitos legais para a obtenção do benefício, quais sejam, a idade e o estado de miserabilidade, faz jus a parte autora ao pagamento das parcelas atrasadas desde a data do requerimento até a data do deferimento do benefício na vida administrativa. (TRF 4ª Região, Apelação Cível nº 0020076-52.2012.404.9999/SC, Data da Decisão: 05/06/2013, Órgão Julgador: Sexta Turma, Publicação D.E. 17/06/2013, Relator Desembargador NÉFI CORDEIRO, Relator para o Acórdão Desembargador JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA)

A mesma solução deve ser adotada no caso de requerente que se encontre preso cumprindo pena pela prática de crime.

Assim, quando solicitada a concessão do benefício assistencial, a única opção existente é que a situação de cada preso seja analisada individualmente, para o fim de verificar se, no caso concreto, a família do condenado tem condições ou não de garantir sua subsistência, mesmo ele estando recolhido em estabelecimento prisional, diante da notória ineficiência e carência do sistema prisional brasileiro.

6. Conclusões

O grau de desenvolvimento de um país pode ser apurado a partir da análise da forma pela qual ele trata os seus cidadãos presos.

Claro que, diante da prática de um crime, os seus responsáveis devem ser punidos, com a imposição das sanções previstas na lei, mas a pena não pode ser ampliada a ponto de impor ao condenado restrições a direitos que não encontrem amparo legal.

No presente caso, a discussão gravita em torno da possibilidade (ou não) de os presos em estabelecimentos prisionais receberem o benefício assistencial previsto no art. 203 da Constituição, nos casos em que em razão da idade (65 anos de idade ou mais) ou de deficiência não têm condições de exercer o seu direito ao trabalho.

Após apresentar algumas considerações sobre o direito de punir do Estado e quais devem ser os objetivos da pena, defende-se que o benefício assistencial deve ser pago a tais presos, uma vez que a imposição da pena não deve resultar na impossibilidade de recebimento de tal amparo social.

A tese contrária de que seria impossível o pagamento do benefício assistencial em razão de o preso estar recolhido em estabelecimento prisional e, portanto, com todas as suas necessidades básicas atendidas pelo Estado não deve prosperar, pois parte de uma premissa falsa de que os presídios e unidades prisionais brasileiros têm condições de garantir os direitos das pessoas idosas e com deficiência que neles cumprem penas.

A realidade é muito diferente do previsto na lei, pois muitas vezes os presídios e as unidades prisionais são centros de violações de direitos humanos e não locais em que eles são respeitados.

O que se espera é que o presente artigo permita uma maior reflexão do tema, inclusive com a pacificação no sentido de que o benefício assistencial é devido a todas as pessoas idosas (com 65 anos de idade ou mais) ou com deficiência que não tenham condições de prover a própria subsistência ou tê-la provida por sua família, estejam tais pessoas presas ou não.

Afinal, o fato de estar presa para o cumprimento da pena não retira da pessoa a condição de cidadã, titular de direitos, que deve ser tratada com respeito e consideração.

7. Referências

- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 19.
- FRANCO, Alberto Silva et al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 545.
- GEPRESÍDIOS. Disponível em: www.cnj.jus.br/geopresidios. Acesso em: 06/03/2014.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**, v. 1, Parte Geral. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1991, p. 234-235.
- PRESOS filmam decapitados em penitenciária no Maranhão; veja vídeo. Data: 07/01/2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/1394160-presos-filmam-decapitados-em-penitenciaria-no-maranhao-veja-video.shtml>. Acesso em: 04/02/2014.
- STF declara inconstitucional critério para concessão de benefício assistencial a idoso. Data: 18/04/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354>. Acesso em: 06/03/2014.
- VIOLAÇÕES de direitos humanos no sistema prisional do Espírito Santo. Atuação da Sociedade civil. Data: maio/2011. Disponível em: http://global.org.br/wp-content/uploads/2011/06/SistemaPrisionalES_2011.pdf. Acesso em: 04/02/2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Vol. 1. Parte geral. 6. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 63.

CIUDADANÍA Y VIOLENCIA DE GÉNERO SOBRE LA MUJER TRABAJADORA: REFLEXIONES A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y BRASILEÑO

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

Doctora en Derecho por la Universidad de León (España), Catedrática de Derecho del Trabajo de la Universidad de León – UNILEÓN (España).

MIRIAN CALDAS

Doctora en Derecho por la Universidad de León (España), Profesora Colabora en la Universidade Estadual do Centro-Oeste do Paraná – UNICENTRO (Brasil).

Resumen

Ha pasado casi una década desde la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, donde se reconoció la violencia contra la mujer como un ataque a los derechos humanos de las féminas. Bajo tal perspectiva y siguiendo las recomendaciones de las instancias comunitarias y organismos internacionales, Estados, como España y Brasil, han incorporado en sus respectivos ordenamientos previsiones específicas -- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LPIVG), en España; y Ley 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), en Brasil --. Estas dos disposiciones tienen, entre sus objetivos fundamentales, atacar con firmeza tan deleznable comportamientos de violencia contra la mujer, articulando un conjunto de medidas tendentes a garantizar de forma global, plena y coherente la protección de las mujeres maltratadas, convirtiéndolas en titulares de un amplio abanico de derechos atinentes a la prevención, educación, asistencia social o represión penal y, por lo que aquí interesa, de una serie de prerrogativas laborales y de Seguridad Social, conformando, a la postre, una estrategia dotada de una doble finalidad: de un lado, facilitar el acceso al empleo de las mujeres víctimas de violencia de género y, de otro, conseguir el mantenimiento de sus puestos de trabajo. El estudio comparado de ambos ordenamientos puede servir para introducir mejoras técnicas que redunden en beneficio del colectivo protegido.

Palabras clave

Mujer; Violencia de género; Violencia doméstica y familiar; Relaciones laborales; Contrato de trabajo.

Abstract

It has been nearly a decade since the Fourth World Conference on Women held in Beijing in 1995, where the violence against women was recognized as being an attack on women's human rights. Under such perspective and following the recommendations of the community institutions and international organizations, States such as Spain and Brazil have incorporated into their systems specific laws -- Organic Law 1/2004 of 28th December, on Integral Protection Measures against Gender Violence (LPIVG), in Spain and Law 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), in Brazil --. These two provisions have as one of its fundamental objectives, firmly attack such despicable behaviors of violence against women, articulating a set of measures to ensure a whole, full and consistent protection of battered women, making them hold a wide range of rights pertaining to prevention, education, welfare or criminal repression, and down to what is relevant, a series of labor and social security prerogatives, confirming in the end, a dual purpose endowed strategy: on the one hand, facilitate the employment access for women victims of gender violence and, on the other, ensure the maintenance of their jobs. A comparative study of both legal systems may serve to introduce technical improvements that result in benefit of the protected group.

Key words

Women; Gender violence; Domestic and family violence; Labor relations; Labor contract.

1. Introducción

La igualdad efectiva entre mujeres y hombres como principio jurídico universal y como valor fundamental de la Unión Europea, no puede llevarse plenamente a la práctica en tanto se perpetúe el ejercicio de distintas formas de violencia sobre la mujer por el mero hecho de serlo. Es fácil entender cómo la magnitud de este fenómeno violento cuestiona día a día los derechos fundamentales de ciudadanía de muchas mujeres --derecho a la vida, a su integridad física y psíquica, a su dignidad y libertad--, los cuales constituyen pilares inviolables de la persona y estandartes insoslayables del orden democrático, circunstancias que obligan a los poderes públicos a adoptar respuestas técnico-jurídicas para hacer real su disfrute.

El Informe de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) enuncia una serie de medidas que deben adoptar los Estados para prevenir y eliminar la violencia contra la mujer, imponiéndoles la obligación de condenar la violencia contra la mujer y de invocar “ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de eliminarla”. Con claridad, establece que “la violencia contra la mujer es a la vez una

violación de los derechos humanos de las mujeres y un obstáculo para el pleno disfrute” (ONU, 2006).

En este estudio se pretende hacer un estudio comparado entre dos ordenamientos distintos. Primeramente se verificará la protección de la mujer en España, a través del análisis de algunos puntos de Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LPIVG), y los reflejos de esta Ley en el ámbito laboral; y en un segundo momento, se verificará la evolución de la protección a la mujer víctima de violencia en Brasil, tras la promulgación de la Ley 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) y la garantía del mantenimiento del vínculo laboral como medida protectora de asistencia a la mujer víctima de violencia doméstica y familiar.

Desde un primer momento, cabe esclarecer que en el ordenamiento jurídico español suelen utilizarse dos conceptos jurídicos con significados diferentes, cuales son la “violencia de género” y la violencia doméstica”. La primera refiere a la violencia ejercida por el hombre sobre la mujer por el hecho de ser mujer, ya se produzca bien en el ámbito público como en el privado. Por el contrario, violencia doméstica es la ejercida sobre cualquier miembro de la unidad familiar. La normativa española tiene en cuenta la senda que marcó la ONU con la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer en la Resolución de la Asamblea General 48/104 de 20 de diciembre de 1993 y en la que definía “violencia contra la mujer”, en su artículo 1, como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”, siempre que el agresor sea la pareja o expareja. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico brasileño el artículo 1 de la Ley 11.340/2006 utiliza los términos mujer víctima de violencia doméstica y familiar (violência doméstica e familiar contra a mulher). Es más, según Maria Berenice Dias, la Ley “Maria da Penha” recoge una protección no sólo a la mujer (violencia de género), sino a la mujer en su propia unidad familiar, al tratar de la violencia doméstica (DIAS, 2012). Las autoras de esta ponencia realizan esta aclaración con fin de que los términos utilizados no conduzcan a error, por cuanto en el contenido de este trabajo principalmente utilizará a los términos violencia doméstica y familiar por ser la traducción literal de la Ley 11.340/2006, sin desconocer la precisión que se realiza en el Derecho español, a la luz de la Ley Orgánica 1/2004.

2. La Preocupación de la Ley Española 1/2004 – LPIVG – por las Mujeres Trabajadoras Víctimas de Maltrato Machista

Nadie puede poner en duda que la violencia ejercida sobre las mujeres por parte de quienes han mantenido o sostienen con ellas una relación afectiva es un problema real – hoy

más vigente que nunca – necesitado de soluciones efectivas. Sólo por esta razón ya resulta indudable la oportunidad y el valor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LPIVG), cuyo objeto es el de “actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad” (art. 1).

Un año después del décimo aniversario de esta disposición legal, la persistencia de las situaciones amparadas invitan a hacer balance sobre sus resultados reales, máxime teniendo en cuenta que España ha ratificado Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Al objeto de aquilatar los términos de la reflexión, procede dejar claro, desde el principio aun a riesgo de ser reiterativos, que no se protege cualquier menoscabo ejercido por los hombres contra las mujeres, sino únicamente aquél producido en el seno de una relación de pareja, actual o ya finalizada, entre un varón y una fémmina, abarcando todos los delitos que impliquen “violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”. *A sensu contrario*, para apreciar la existencia de un delito de violencia de género no basta lisa y llanamente con que la ofendida hubiese sido esposa, pareja o compañera del autor, sino que se hace necesaria la existencia de un plus, cual es que esa conducta de maltrato pueda calificarse como una manifestación de la discriminación, y las relaciones de poder y dominio de los hombres sobre las mujeres, lo cual concurre en todos los tipos de violencia sexista.

Los objetivos fundamentales de la LPIVG son de facilitar la continuidad de la actividad profesional de las trabajadoras víctimas de violencia de género, sin olvidar la necesidad de paliar los efectos que en el desarrollo de la misma pudieran ocasionarse por dicha circunstancia, atendiendo a las repercusiones que pueden causar en la prestación de servicios las alteraciones en la salud física o psicológica ocasionadas por la situación de maltrato, así como la adaptación de ciertas condiciones de trabajo en aras a garantizar la seguridad de las víctimas o el acceso de éstas a los servicios de apoyo, asesoramiento, prestaciones e incluso la tramitación de denuncias o de procedimientos de separación o divorcio, entre otras gestiones relacionadas con las situaciones de agresión.

Las bajas, el absentismo, las incapacidades y el descenso de la productividad que se da entre las mujeres víctimas de malos tratos han hecho necesaria la articulación de toda una serie de pautas legislativas específicas para, por un lado, hacer efectiva la protección de este colectivo, y, por otro, sensibilizar a los empresarios y a los interlocutores sociales sobre la magnitud del problema, con el fin último de evitar que se sucedan los despidos o la imposición de otro tipo de sanciones (BLASCO JOVER, 2005, p.104), no en vano de todos es sabido que

“el trabajo remunerado mejora la posición de las mujeres en la familia, les hace menos dependientes social y económicamente y reduce su situación de vulnerabilidad ante la violencia” (ALBERDI y MATAS, 2002, p. 4).

Resulta muy acertado, por ende, que en una Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género se aborden aspectos laborales y de protección social, modificando el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), el Real Decreto Legislativo 1/1994, y de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), a fin de facilitar a las afectadas el acceso al empleo o la posibilidad de continuar su relación laboral, conciliándola con su derecho a la asistencia social integral y a la efectividad de la orden de protección, a través del reconocimiento del derecho a la reducción o reordenación del tiempo de trabajo, movilidad geográfica, cambio de centro de actividad, suspensión de la relación laboral y, en último término, extinción voluntaria a instancias de la interesada del vínculo contractual con ciertas ventajas (SEMPERE NAVARRO, 2005, pp.87 y ss.).

No se puede negar que la toma en consideración de la situación laboral de la mujer como un factor a tener en cuenta a la hora de ofrecerle una protección eficaz y completa, tiene una trascendencia innegable (MENÉNDEZ SEBASTIÁN y VELASCO PORTEIRO, 2005, p. 9). La LPIVG --con buena lógica-- trata de imponer a la organización empresarial una racionalidad adicional a la meramente profesional, para incluir en sus decisiones la toma en consideración de circunstancias puramente personales de las trabajadoras víctimas de maltrato a su servicio, que afectan a su rendimiento laboral o que pueden aconsejar cambios en su prestación, priorizando la tutela de la mujer trabajadora frente a las necesidades de la entidad productiva (FERNANDEZ LOPEZ, 2005, p.23). Ahora bien, la regulación de los derechos laborales de las víctimas, combinada con un elenco de incentivos a la contratación, de protección social o de ayudas económicas de otra naturaleza, admite no sólo elogios sino también algunas críticas, pues su configuración resulta en ocasiones un tanto compleja e incluso incoherente, pudiendo detectarse, al tiempo, serias lagunas o importantes vacíos de regulación.

2.1. La Apuesta por el Mantenimiento de la Relación Laboral

Resultaría ciertamente difícil lograr el carácter integral de la protección pretendida por la LPIVG si el legislador no atendiera a las repercusiones de la violencia de género en un ámbito vital tan determinante como es el desempeño laboral. En ocasiones, los deberes profesionales de la víctima de violencia de género pueden acabar por atraparla en una especie de “tela de araña” en la que el trabajo, aun suponiendo para la mujer la única vía de independencia económica respecto de su agresor, la encadena, a la vez, a un entorno y unas rutinas que, conocidas por aquél, pueden suponer para ella un mantenimiento o,

incluso, una agravación del riesgo de ataque. De ahí la importancia de las disposiciones que permiten el desempeño flexible de la actividad profesional, de cara a la prevención o evitación de posteriores agresiones, en lo que se puede denominar una “virtualidad preventiva de segundo grado” o, dicho de otro modo, coadyuvando a neutralizar la violencia ya ejercida y sus efectos (GARRIGUEZ GIMÉNEZ, 2009, p. 56).

Las medidas de flexibilización de las obligaciones de trabajo se escalonan entre sí en una secuencia de intensidad creciente, que va desde la mera reordenación de la dedicación horaria, hasta la suspensión del contrato, pasando por la movilidad geográfica de la trabajadora. Como consideraciones previas y notas comunes a todas estas previsiones que reducen en parte sus bondades, cabe destacar, de un lado, cómo parecen dirigirse a trabajadoras con contratos de duración indefinida y a jornada completa, nada más lejos de la realidad actual, marcada por una intensa crisis económica, donde las mujeres sufren altos niveles de temporalidad, parcialidad y precariedad en la contratación, lo cual motiva una falta de operatividad de la regulación legal. De otro, que aun cuando se recogen en normas heterónomas, existe, sin duda, un espacio no desdeñable para que la negociación colectiva concrete y clarifique su aplicación práctica, si bien el tratamiento que sobre esta materia han efectuado los interlocutores sociales no deja de ser algo decepcionante, salvo honrosas excepciones, circunstancia que no ha mejorado en el contexto de recesión actual y de elevado índice de desempleo.

2.2. *Reordenación del Tiempo de Trabajo*

De acuerdo con lo previsto en la versión que la LPIVG proporciona al art. 37.7 ET, la trabajadora víctima de violencia de género tendrá la posibilidad, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, de proceder a la reducción de la jornada con disminución proporcional del salario (sin que se establezca límite mínimo o máximo) o a su redistribución. Esta medida se define de una forma amplia, al poder abarcar tanto la minoración del tiempo de actividad (sin que se añada el calificativo “diario” como se hace para el cuidado de hijos o familiares), cuanto la adaptación del horario, pasando por la aplicación del horario flexible. Resulta interesante resaltar que, aunque sea en términos genéricos, gracias a la expresión añadida (junto al horario flexible) en el art. 37.7 ET relativa a “otras formas de ordenación del tiempo de trabajo”, este precepto, y como fórmulas de flexibilización del horario, está abriendo la puerta a situaciones tales como el “trabajo a tarea”, el “teletrabajo” (versión actual del trabajo a domicilio o a distancia) o incluso a fórmulas mixtas que combinen la prestación laboral de servicios realizada de “forma presencial” con actividades de tipo “no presencial”.

Sin embargo, en este ámbito cabe introducir, ya de entrada, un doble matiz: por una parte, parece partirse de la idea de que esas fórmulas de reordenación del tiempo de

trabajo van a ser siempre posibles, con independencia del tipo de tarea que se desarrolla e incluso del tipo de empresa en el que se prestan servicios (desconociendo que las opciones van a ser muy distintas, en función, por ejemplo, de la dimensión de la organización productiva); por otra, parece limitarse la medida a las formas de ordenación del tiempo de actividad que ya se utilicen en la empresa, por lo que puede descartarse que el empresario tenga la obligación de poner en marcha este tipo de fórmulas si no las tenía implantadas con anterioridad (GALA DURÁN, 2005, p. 38).

Aun cuando han empezado a promulgarse sentencias favorables a los intereses de las trabajadoras en cuanto a la concreción de la reducción o reordenación horaria (STCo 3/2007, de 15 de febrero), en realidad, todas las manifestaciones de este derecho requieren de una compatibilidad con la organización del proceso productivo en la concreta entidad empresarial. Si en esa empresa no funciona un sistema de turnos, la víctima de violencia no podrá pedir que se le reconozca la facultad de ocupar uno u otro turno, lo mismo si no existe horario nocturno y diurno, o si no se prevé horario con franja de presencia, jornada intensiva, acumulación de horas, horario libre o márgenes de cortesía. Igualmente, la prerrogativa de cambio horario dependerá directamente de las condiciones particulares del puesto que ocupa, pues la modificación que la mujer propone no podrá afectar a sus quehaceres esenciales o a las funciones propias de su plaza. Precisamente por ello, hubiese sido interesante que la Ley concediese a la víctima la posibilidad de un cambio de puesto de trabajo (movilidad funcional) dentro de su grupo profesional.

En todo caso, esta incompatibilidad entre la organización del trabajo o las características del puesto que ocupa la trabajadora y la reordenación que ésta solicita tiene que ser absoluta, en el sentido de imposibilidad total de atender a los requerimientos de la agredida. No debe bastar, a tal efecto, con que la medida solicitada ocasione algún trastorno a la empresa, perjudique levemente los intereses empresariales o exija un especial celo organizativo; la enorme relevancia del bien jurídico protegido y la especial debilidad de la víctima resultan suficientes para demandar de la entidad empresarial un esfuerzo razonable de adaptación (MENENDEZ SEBASTIAN y VELASCO PORTERO, 2006, p. 75).

Para el ejercicio de los derechos de reordenación del tiempo de trabajo se establecen, además, dos alternativas, una acordada con la empresa y otra legal a falta de acuerdo (LOUSADA AROCHENA, 2005, p. 750). De conformidad con la primera posibilidad, tales derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y la trabajadora afectada, de modo que el trato individual sólo debe admitirse si no hay convenio o pacto colectivo o si, habiéndolo, se limita a mejorar su contenido, no a acordar empeorando. Es particularmente significativo este llamamiento a los convenios colectivos o acuerdos de empresa para regular el derecho aquí analizado, pues, de esta forma, se obliga a incluir en la negociación colectiva propuestas --hasta ahora ciertamente escasas-- para erradicar o paliar

los efectos de la violencia de género (BLASCO JOVER, 2005, p. 105). No hubiera sido aconsejable, sin embargo, incluir en la Ley unos términos mínimos de ejercicio del derecho introducido en el art. 37.7 ET, sin perjuicio de su tratamiento por los convenios colectivos o los acuerdos que se alcancen en esta materia (FERRADANS CARAMES, 2005, p. 111). En todo caso, a falta de pacto, la concreción de estos derechos corresponderá a la propia trabajadora, que será quien decida en qué proporción y con qué régimen horario va a reducir su jornada laboral o las adaptaciones que considere necesarias para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, con el límite lógico de su jornada ordinaria.

Con todo, la remisión que se efectúa al procedimiento previsto en el art. 139 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), para resolver las discrepancias entre la víctima de violencia de género y el empresario implica que éste pueda negarse a aceptar la solicitud efectuada con la demora que ello conlleva en cuanto a la efectividad de los derechos protegidos. La solución acogida por la LRJS --la posición de demandante corresponde a la trabajadora, vetando el ejercicio incontestado del derecho-- no parece la más adecuada cuando lo que está en juego es la protección de intereses tan fundamentales como el derecho a la vida y a la integridad física de la mujer, que pueden requerir la adopción de medidas de carácter urgente (MARTIN PUEBLA, 2005, p. 24). “Probablemente, dada la situación en que se encuentra la trabajadora víctima de violencia de género, la necesidad de garantizar su protección integral y la asistencia social que precise y, sobre todo, evitar situaciones de riesgo, hubiera sido necesario declarar expresamente la inmediata ejecutividad de la decisión sin perjuicio de la posterior resolución judicial de las discrepancias entre ésta y el empresario” (DE LA PUEBLA PINILLA, 2005, p. 96).

Obsérvese, además, que la versión inicial de la LPIVG excluía a la reducción de la jornada (admitida como derecho de la trabajadora víctima de la violencia de género en el art. 21.1. LPIVG y en el art. 37.7 ET) de una posible generación de un derecho a desempleo, que sería parcial, al no contemplarse en el art. 21.1 LPIVG; exclusión ratificada, en aquel momento, con la letra no modificada del art. 203.3.II LGSS, donde se exigía, para acceder al desempleo parcial, una autorización en expediente de regulación de empleo que, en la reducción de jornada motivada por violencia de género, no concurre. Ante tan deplorable realidad, no corregida actualmente, y con el fin de prever una cierta solución económica para estos supuestos en favor de las víctimas de violencia de género” (GARCIA NINET, 2005, p. 6), que van a ver disminuidos sus ingresos precisamente en un momento en el cual previsiblemente aumentan los gastos, no en vano en muchas ocasiones las trabajadoras pasan a asumir de forma unilateral ciertas responsabilidades familiares (QUINTANILLA NAVARRO, 2005, p. 40), la LOIEMH introduce un nuevo párrafo 5º en el art. 211 LGSS, en virtud del cual “en los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 4 bis, 5 y 7 del art. 37 ET, para el cálculo de la base

reguladora, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial. Si la situación legal de desempleo se produce estando la trabajadora en las situaciones de reducción de jornada citadas, las cuantías máxima y mínima se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada” (MARTÍNEZ LUCAS, 2010, p. 1009).

Es más, aun cuando la jurisprudencia ya venía siendo sensible a este problema, la LOIEMH se esfuerza en dejar claro que los criterios para el cálculo de indemnizaciones por despido cuando la trabajadora haya tenido reducida previamente su jornada por razones de violencia de género deben tener en cuenta la remuneración de la víctima anterior al disfrute de la reducción de la jornada (disposición adicional 18ª ET).

Desde una perspectiva crítica sorprendía y sorprende, todavía al día de hoy, el hecho de que, aun cuando el art. 19 LPIVG regula también el derecho a la asistencia social integral de los menores que se encuentran bajo la patria potestad o guarda y custodia de la trabajadora, ésta no puede solicitar las medidas señaladas en este apartado para garantizar el derecho a la asistencia social de aquéllos (y poder acompañarlos, por ejemplo, en caso de que requieran atención psicológica), ya que la norma legal sólo las prevé para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social de la propia mujer en exclusiva.

2.3. *Movilidad Geográfica*

Conforme a la redacción introducida en el art. 40.3 bis ET por la LPIVG, la trabajadora, que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro centro de trabajo. El ámbito de protección dispensado por la norma es doble, admitiendo la novación locativa con o sin cambio de residencia, pues no cabe duda que la trabajadora, víctima de maltrato, podrá tener interés en trasladarse a un centro de trabajo que implique el traslado de su domicilio a otra localidad distinta, pero en otros casos su pretensión puede consistir en prestar servicios en otra zona que, por su cercanía u otras razones, asegure con más garantía sus desplazamientos (ARAMEDI SANCHEZ, 2005, p. 65).

La iniciativa para poner en marcha estas medidas corresponde a la propia mujer, cuando considere que son necesarias para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral y, probablemente, recurrirá a ellas en los casos en que la reducción de la jornada o la reordenación del tiempo de trabajo no resultan suficientes para hacer frente a la concreta situación de amenaza en que se encuentra. El empresario no puede

negarse a la petición de movilidad de ésta, pero podrá exigir que acredite su situación mediante la correspondiente orden de protección o, excepcionalmente, a través del informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la trabajadora es víctima de violencia de género. Atendiendo a la importancia del bien jurídico protegido, la trabajadora tendrá preferencia “frente a otros derechos como el de movilidad voluntaria de los trabajadores a tiempo parcial [art. 12.4 e) ET], el derecho de consorte (art. 40.3 ET) o, incluso, el derecho preferente a ocupar una plaza vacante del excedente voluntario (art. 46.5 ET)” (LOUSADA AROCHENA, 2005, p. 752), pero, previsiblemente, en caso de que no exista posibilidad de ocupar un nuevo puesto vacante, y dado que la trabajadora tiene que abandonar el que venía desempeñando, en la práctica se producirá la interrupción temporal de la relación laboral en los términos que se comentarán con posterioridad.

La duración de la movilidad locativa será de seis meses dentro de los cuales la empresa tiene la obligación de conservar el puesto de trabajo anteriormente ocupado (MOLINA NAVARRETE, C., 2005, p. 20). Transcurrido ese plazo, la víctima de violencia de género podrá optar por reincorporarse o continuar en su nuevo puesto, decayendo la obligación de reserva, a salvo por supuesto de las mejoras que en la configuración de este derecho pueda incorporar la autonomía colectiva o el acuerdo más favorable entre las partes. Nada dice, sin embargo, la LPIVG acerca de la intervención del juez en la determinación de posibles prórrogas de la situación del cambio de centro de trabajo o de localidad, a diferencia de lo que contempla en cuanto a la suspensión del contrato, lo cual no deja de ser incoherente si se tiene en cuenta que, tanto una medida como la otra, tienen la finalidad de garantizar la integridad de la víctima.

A efectos de posibilitar el ejercicio del derecho aquí analizado, la empresa está obligada a comunicar individualmente a la trabajadora las vacantes existentes o las que se pudieran producir en el futuro, no siendo suficiente la utilización del tablón de anuncios. Este deber de aviso tiene gran trascendencia, pues en la mayoría de los casos la necesidad de la trabajadora será urgente y sin la colaboración de la empresa carecerá de efectividad. De esta forma, si el empresario no cumpliera con tal deber de información y ocupara la plaza con otro trabajador previamente vinculado a la empresa o contratado al efecto, la víctima de violencia de género podría reclamar en vía judicial a través de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, solicitando la asignación del puesto como forma de reposición del derecho vulnerado (arts. 177 y ss. LRJS).

Cuando, por razones de seguridad, sea acuciante la necesidad de cambiar de centro de trabajo y ello no sea posible por no existir vacante o porque las concurrentes no son del mismo grupo profesional o categoría equivalente, o porque aun existiendo el empresario no la ofrece a la trabajadora, las únicas vías que se abren son, en primer lugar, la posibilidad de suspender su relación laboral en los términos que se analizarán seguidamente, y, en segundo lugar, la solicitud de excedencia voluntaria (de duración no menor a cuatro

meses y no mayor a cinco años), siempre que la trabajadora cuente con una antigüedad en la empresa al menos de un año, manteniendo en este caso únicamente “el derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa”, y no pudiendo ser instada otra vez hasta que transcurran “cuatro años desde el final de la anterior excedencia”, situación esta última que no conlleva el derecho a prestaciones por desempleo, causando baja en el régimen de la Seguridad Social correspondiente (FARALDO CABANA, 2012, p. 151).

2.4. *Suspensión Contractual*

La LPIVG reconoce a la trabajadora víctima de violencia de género otra serie de facultades dirigidas a compatibilizar, en la medida de lo posible, el mantenimiento de su empleo con su integridad personal, evitando así decisiones extremas o perjudiciales. A tal fin, el art. 45.1.n) ET permite a la afectada interrumpir su contrato de trabajo por su propia iniciativa y decisión, sin quedar supeditada al beneplácito empresarial y sin especiales exigencias formales o de fondo, como pudieran ser las de preavisar con una concreta antelación, contar con una antigüedad mínima o estar vinculada con carácter indefinido o a tiempo completo (RODRIGUEZ ESCANCIANO, 2013, pp. 98 y ss.).

La finalidad que persigue el legislador con esta medida es doble: por un lado, facilitar la protección eficaz de la víctima, eliminando cualquier aspecto previsible (como es el puesto de trabajo) que pudiera provocar un ataque del agresor; por otro, promover una recuperación física y psicológica más rápida para la trabajadora, eximiéndola del deber de asistencia y puntualidad en el trabajo, sin que pueda incrementar la inestabilidad emocional.

En consecuencia, dos son los únicos requisitos que condicionan el válido ejercicio del derecho: por una parte, acreditar la circunstancia habilitante mediante la orden judicial de protección o, excepcional e indiciariamente, a través de informe del Ministerio Fiscal; por otra, la necesidad y conveniencia del abandono temporal de su puesto, a interpretar muy flexiblemente por la dificultad para su prueba. En principio, es la propia mujer quien elige su duración por un tiempo de hasta seis meses, pudiendo ser prorrogada por períodos de tres meses, hasta completar dieciocho, cuando así lo decida el juez competente y la efectividad de su salvaguarda lo exija (MATEU CARUANA, 2007, pp. 99 y ss.) Se trata, en realidad, de un supuesto de excedencia forzosa, en el que queda garantizada la reincorporación siempre que se ajuste a la duración máxima especificada por el legislador. Ahora bien, cuando la suspensión exceda de ese tiempo, es lógico presuponer que tal situación pasaría a calificarse como un mero ejemplo de excedencia voluntaria, solicitada por motivos personales y que únicamente dará lugar a un derecho preferente al reingreso a las vacantes que existan o se puedan producir en el futuro en la empresa.

Como contrapartida a la pérdida de ingresos provocada por una situación no deseada por la trabajadora, la consecuente reserva de su puesto se conjuga con una amplia cobertura social --significativamente, prestaciones por desempleo total (art. 208.1.2 LGSS)--, “perfil necesario cuya ausencia determinaría la ineficacia del conjunto”, quedando atemperadas, al tiempo, las obligaciones derivadas del compromiso de actividad. Los datos personales de la trabajadora serán custodiados con especial cautela por los Servicios de Empleo y tendrán un acceso restringido. Es más, si la mujer desea mantener la reserva sobre su domicilio podrá facilitar uno alternativo o indicar un apartado de correos donde recibir las comunicaciones. Para el percibo de la prestación por desempleo, la trabajadora debe aportar una comunicación del empresario en la que conste que la trabajadora ha ejercitado el derecho a la suspensión. Si éste se negase a entregarla, ésta podrá igualmente adjuntar denuncia ante la Inspección de Trabajo del incumplimiento empresarial.

En todo caso, se subordina la prestación de la Seguridad Social a la obtención de la orden de protección o el informe del Ministerio Fiscal (disposición adicional 42ª LGSS). El primer instrumento incluye tanto el supuesto en que se dicta un auto en fase de instrucción penal acordando dicha orden (art. 544 ter Ley de Enjuiciamiento Criminal), como cuando se dicta sentencia penal que incluye una orden de alejamiento (art. 57.2 en relación con el art. 48.2 Código Penal), en cuyo caso sustituye y cumple la función de aquélla. El alejamiento es una de las medidas cautelares del orden penal que se pueden adoptar en la orden de protección. Si se dicta una sentencia penal condenatoria por un delito relativo a violencia de género que incluya dicha orden de alejamiento, también se tratará de un medio de prueba hábil para acreditar la violencia de género a efectos de la prestación por desempleo. El problema surge cuando una solicitante de la prestación de desempleo no haya obtenido una orden de protección ni informe del Ministerio Fiscal, pero pretende acreditar su condición de víctima de violencia de género utilizando cualquier otro medio de prueba, aplicando el principio *pro beneficiario*. En contra de esta tesis, habría que invocar el tenor literal de la norma, cuya justificación radica en la búsqueda de la seguridad jurídica, que no regula una prestación por desempleo para víctimas de violencia de género, sino una prestación por desempleo para víctimas de violencia de género que hayan conseguido una orden de protección o un informe del Ministerio Fiscal.

Teniendo en cuenta que ni la letra h) del apartado 1 del art. 45, ni la letra g) del art. 48 ET, establecen que la interrupción temporal del contrato sólo pueda ser solicitada una vez, es pensable que tras finalizar dicha suspensión y reincorporarse la trabajadora, ésta pueda ser de nuevo víctima de violencia de género e iniciar una nueva interrupción que, a su vez, generaría derecho a prestaciones de desempleo, ya que se computan las mismas cotizaciones que sirvieron para generar las prestaciones de la primera. De todo ello cabe deducir, a pesar de la compleja redacción empleada por la LPIVG, que: primero --y como excepción a la regla general--, el período de cotización tenido en cuenta para reconocer el

derecho a una prestación por desempleo contributiva o asistencial en un caso de suspensión del contrato por violencia de género no se agota y, por tanto, podrá computarse nuevamente para tener derecho a prestaciones futuras; segundo, el tiempo durante el cual se percibe el desempleo obrante la suspensión del contrato se considerará, también como excepción, cotizado a los efectos de percepciones futuras por esta misma contingencia. Con estas medidas se logra, en definitiva, que el acceso a la protección por desempleo durante el tiempo de suspensión del contrato tenga un coste cero para la trabajadora maltratada y tampoco suponga gastos adicionales para el empresario, máxime cuando este período de suspensión con reserva de puesto de trabajo “tendrá la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo” (art. 124.5 LGSS). A mayores --y como ya consta--, se permite la contratación interina en sustitución de la trabajadora sin coste para la empresa (VILA TIERNO, 2009, p. 274). Ha de advertirse, no obstante, que la duración de la prestación por desempleo puede no llegar a cubrir todo el período suspensivo, al depender su extensión temporal, de acuerdo con las exigencias generales, del historial de cotización.

2.5. *Conclusión del Contrato a Instancias de la Trabajadora y Nulidad del Despido*

Si la víctima considera que la violencia padecida no le permite continuar con la relación laboral, la Ley también avala la extinción de la misma en las mejores condiciones posibles, defendiéndola, al tiempo, frente a cualquier represalia empresarial por el ejercicio de sus específicos derechos laborales.

La LPIVG añadió una letra m) al art. 49.1 ET para contemplar la extinción por “decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género”. La previsión específica y separada no impide configurar esta nueva modalidad como un supuesto más de dimisión, si bien ha de ser calificada como *sui generis* en virtud de las importantes y beneficiosas singularidades que presenta, pues frente a la versión genérica, quienes presten servicios por cuenta ajena y sean objeto de estos deleznable comportamientos podrán resolver su vínculo sin necesidad de observar preaviso alguno y quedando en situación legal de desempleo [art. 208.1.1.e) LGSS], para lucrar, en su caso, las oportunas prestaciones (QUIROS HIDALGO, 2008, pp. 1324 y ss.). Esta posibilidad, que ha sido muy favorablemente acogida, se explica porque el presupuesto extintivo no es la plena voluntariedad, sino la concurrencia de una situación singular que obliga a la trabajadora a adoptar la decisión extintiva por la violencia en la que se encuentra inmersa y la necesidad de un largo período para la recuperación (CEINOS SUAREZ, 2008, p. 98). Ante el silencio legal sobre la forma a utilizar para trasladar al empresario la decisión extintiva,

bastará cualquier medio válido en Derecho. Sin embargo, resulta harto recomendable su documentación para certificar el ejercicio del derecho ante eventuales negativas de la contraparte, la cual queda obligada a realizar una comunicación escrita al Servicio Público de Empleo, requisito imprescindible para acreditar la situación legal de desempleo. Así pues, la conducta del empresario no pasa únicamente por asumir pasivamente la decisión extintiva de la trabajadora (que tampoco requiere confirmación judicial), porque junto a la descrita puede alcanzar un protagonismo adicional: en efecto, como declaración de voluntad recepticia, el desistimiento de la víctima no admite retracto, salvo cuando el empleador permita y consienta la reconsideración de forma tal que todo continúe desarrollándose cual si nada hubiere acaecido. No cabe ocultar, sin embargo, el riesgo relativo a que la voluntad extintiva de la trabajadora derive del temor a sufrir una nueva agresión.

De otro lado, no procede olvidar tampoco la garantía de indemnidad a favor de la mujer víctima de violencia, auténtico seguro frente al empresario de un pacífico y solvente ejercicio de los derechos laborales y de Seguridad Social reconocidos en la LPIVG, que supone el reconocimiento de la nulidad del despido disciplinario carente de causa y del despido objetivo cuando se produzca respecto de aquellas mujeres agredidas que acrediten tal condición y que hayan ejercido los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de actividad o de suspensión de la relación laboral [arts. 55.5 b) y 53.4 b) ET]. Su efecto será la lógica readmisión inmediata de la mujer con el abono de los salarios dejados de percibir (ARAMEDI SANCHEZ, 2005, p. 68). Esta medida reporta cuantiosas ventajas para las víctimas de maltrato, pues únicamente deben acreditar el ejercicio de alguno de los derechos reconocidos en la LPIVG para merecer la protección aquí analizada, correspondiendo al empresario probar la rectitud y legalidad de su decisión de dar por extinguido el contrato. Debe quedar claro, no obstante, que no se trata de una garantía de permanencia preferente general en la empresa, pues sólo se impone la declaración de nulidad —impidiendo la improcedencia— cuando el empresario no es capaz de probar la razón económica, técnica, organizativa o de producción en que fundó el despido objetivo o el incumplimiento grave y culpable imputado en el caso de despido disciplinario, pues si acreditara la concurrencia de tales extremos, necesariamente ajenos al ejercicio por la víctima de sus derechos laborales, tal despido deberá ser calificado por el juez como procedente.

A la luz de lo anterior, tampoco sería desaconsejable la inclusión de alguna indicación expresa sobre la nulidad de cualquier sanción --diferente al despido-- que traiga su origen en el ejercicio de los derechos reconocidos a la trabajadora víctima de violencia de género, aunque dicha calificación no admite duda, no sólo porque se estaría castigando a la mujer por la activación de un derecho legalmente reconocido, sino también por la discriminación por razón de género que la misma escondería en tanto que sólo las féminas son titulares de estos derechos específicos.

Sin abandonar el tono crítico adoptado y teniendo en cuenta la vinculación directa entre el ejercicio de los derechos derivados de la condición de víctima de violencia de género y la nulidad cualificada del despido, parece que esta protección no alcanza tampoco a aquellas mujeres que, a pesar de estar sufriendo violencia machista, no han optado por ejercer los derechos reconocidos en la LPIVG. Aun cuando, en este caso, un despido que tuviese su fundamento en la situación de violencia sexista padecida por una trabajadora deberá ser calificado, igualmente, como nulo por discriminatorio, lo cierto es que es necesario aportar por la víctima de violencia de género --y precisamente aquí es donde surgen los problemas-- indicios razonables del trato arbitrario, lo cual no siempre es fácil para la trabajadora, convirtiéndose, en ocasiones, en una auténtica *probatio diabólica* (RODRIGUEZ ESCANCIANO, 2002, pp. 366). Hubiese sido de gran interés, por tanto, que la Ley hubiese incorporado alguna indicación sobre el rendimiento debido por la empleada víctima de violencia de género que ni suspende ni extingue su relación contractual, similar a la que se contiene en el art. 20.3 ET para los trabajadores discapacitados, respecto de los cuales el control y vigilancia empresarial del cumplimiento de sus obligaciones laborales debe realizarse teniendo en cuenta su capacidad real, no en vano la tensión emocional a la que quedan sometidas estas trabajadoras provocará una posible --y lógica-- merma de su productividad.

La nulidad del despido, claro es, no implica que las trabajadoras sean inmunes frente al poder disciplinario de la empresa con carácter absoluto; sus incumplimientos contractuales siguen siendo sancionables y, por eso, el último párrafo del art. 55.5 ET indica que en todos estos supuestos hay que calificar el despido como nulo “salvo que se demuestre su procedencia” (SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR, 2006, p. 493). No cabe entender, por tanto, que la víctima queda blindada de modo infranqueable, de tal suerte que toda coincidencia entre violencia de género y extinción del contrato determine automática e inexorablemente la nulidad de la decisión. Así, el cumplimiento de la condición resolutoria o la llegada del término final pactado deberían permitir al empresario dar por terminado legítimamente el contrato, salvo que concurra algún dato indiciario de la existencia de discriminación como pudiera ser la posterior contratación de otro trabajador/a para que realice las mismas funciones que la cesada, pues, en tal caso, quedará evidenciada la necesidad de continuar cubriendo dichas funciones y, por ende, deviene objetivamente ilógica la no continuidad en la empresa de la trabajadora. Ante tales indicios, al empresario correspondería la carga de probar (por inversión del mecanismo probatorio) la razonabilidad y objetividad de la decisión de no renovación.

Por otra parte, respecto de la posibilidad de optar por la resolución judicial indemnizada a instancias de la víctima al amparo del art. 50 ET, cabe señalar que podrá solicitarse cuando la violencia de género se sufre en el marco de la propia relación laboral por ser precisamente el empresario el varón con el que se ha sostenido o se sostiene una relación de pareja. Esta vía permite la obtención de una indemnización tasada equivalente a la del

despido improcedente (actualmente, 33 días de salario por año de servicio con el máximo de 24 mensualidades) y otra adicional por vulneración de derechos fundamentales.

En fin, problemas particulares se plantean cuando víctima y ofensor trabajan en el mismo centro de trabajo y la mujer posee una orden de alejamiento que puede ocasionar serios problemas organizativos, sobre todo, si la empresa es pequeña o tiene un único centro de trabajo. En tales supuestos, es difícil apostar por una solución general que abogue por la extinción automática del contrato por ineptitud sobrevenida del agresor, debiendo valorar en cada caso las circunstancias concretas.

2.6. *Justificación de las Faltas de Asistencia o Puntualidad*

No todas las medidas laborales aplicadas sobre las mujeres víctimas de violencia de género están orientadas a facilitar su alejamiento del agresor. En ciertas ocasiones, se trata de evitar que el cumplimiento de las obligaciones inherentes a la relación laboral obstaculice la recuperación física o psíquica que precisan las víctimas de este tipo de violencia. Así, se van a considerar justificadas y no se podrán tener en cuenta aquellas ausencias o faltas de puntualidad que se deban al padecimiento, físico o psíquico, generado por situaciones de violencia sexista a efectos de un despido objetivo por absentismo [art. 52 d) ET], de posible aplicación en los supuestos de “faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5 % de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses”. Esta previsión otorga un trato especial a las faltas de asistencia al trabajo imputables a una situación objetiva de violencia de género, asimilándolas a otros supuestos de no presencia especialmente protegidos, para sortear la paradoja de que el ejercicio de derechos vinculados a la protección de intereses vitales, como la vida o la integridad física de la fémina amenazada, termine perjudicando a la propia mujer en el plano laboral al privarla eventualmente de un empleo (MARTIN PUEBLA, 2005, p. 26). Entre dichas faltas habrán de entenderse incluidas las necesarias para realizar los trámites de asistencia letrada, presentarse a las comparecencias judiciales, acudir a consultas de tratamiento psicológico o normalizar la situación de la víctima con motivo de cambio de domicilio o de residencia.

No obstante, dichas ausencias, para considerarse justificadas, deben estar debidamente acreditadas por los servicios sociales de atención o servicios de salud, previa expedición de los correspondientes documentos pertinentes. Por tanto, las trabajadoras deberán entregar al empresario el certificado que les haya expedido el servicio público, en el que se constata que su situación física o psicológica justifica las ausencias o faltas de puntualidad. Dicho documento operaría de forma similar a los partes de incapacidad temporal

o confirmación de la citada incapacidad temporal, que justifican las ausencias de los trabajadores por enfermedad común, accidente laboral o común o enfermedad profesional. No se admiten, sin embargo, otros medios de prueba como pudieran ser los informes de ONGs o Fundaciones (KAHALE CARRILLO, 2007, p. 1871). Hubiera sido necesario, no obstante, dar un paso más y proteger estas situaciones con el régimen más beneficioso previsto para los permisos retribuidos en el art. 37. 3 ET, pues, en otro caso, el empresario procederá lógicamente a descontar los salarios correspondientes a las ausencias en claro perjuicio de la trabajadora.

2.7. Penalización a los Agresores en cuanto a Prestaciones de Seguridad Social se Refiere

Razones fácilmente comprensibles, emparentadas tanto con las exigencias de la moderna victimología cuanto con tradicionales principios del sistema de Seguridad Social, explican que se haya prestado atención a la posición del agresor de la mujer y a sus eventuales derechos en materia de protección social (GARCA ROMERO, 2012, p. 132), evitando que el autor de un delito pueda beneficiarse de las consecuencias del mismo. Desde tal perspectiva, la disposición adicional 1ª LPIVG establece dos previsiones elusivas del derecho al percibo de pensiones de muerte y supervivencia por el agresor. Así, de un lado, quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o excónyuge, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda dentro del sistema público de pensiones causada por la víctima, salvo que le corresponda dentro del sistema público de pensiones causada por la víctima, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos (GARCIA-ATANCE, 2012, p. 137).

Esta norma se aplica a los hijos comunes del agresor y la víctima, pero no a los hijos del agresor que no lo sean de aquélla. Si se priva al padre de la patria potestad se tendrá que nombrar un tutor, el cual administrará la pensión de orfandad. El problema se suscita cuando no se ha privado al padre de la patria potestad, entendiéndose que igualmente el INSS debe proceder a tal nombramiento para que pase a percibir las prestaciones de los menores. Puede suceder, no obstante, que el agresor haya sido condenado por un delito de lesiones cometido en el pasado, sin privación de patria potestad, ni encontrarse en la cárcel en el momento de fallecer la madre, razón por la cual no concurre ninguno de los supuestos que permiten el nombramiento de un tutor (art. 222 Código Civil). Si el padre está a cargo de los hijos menores, el hecho de privarle de la pensión de orfandad redundaría en perjuicio de los hijos. Cuestión distinta tiene lugar en un supuesto recientemente enjuiciado en el cual el agresor ha sido condenado como autor de un asesinato y ha sido privado de la patria potestad al ser la madre la que se ocupaba de todas las obligaciones parentales, quedando la hija en situación de desamparo total, equiparada a la de huérfana

de ambos padres y merecedora, por tanto, de la prestación de orfandad absoluta (previo incremento de la pensión de orfandad simple del 20 al 52 por 100, a la luz de la SJS núm. 3 Almería 24 enero 2014).

Por otra parte, cabe cuestionar, como crítica, si una decisión privada como es la reconciliación puede abrir el acceso a una prestación del sistema de Seguridad Social que se cerró. La cuestión no es baladí, en tanto en cuanto la realidad se encarga de demostrar cómo “las situaciones de violencia no se denuncian, si se denuncian, se retira la denuncia, si no se retira la denuncia no se comparece en el juicio e, incluso, tras haberse dictado sentencia no es infrecuente que las víctimas acudan a los juzgados para pedir su no ejecución. Desgraciadamente, el miedo a represalias por parte del agresor y la dependencia económica respecto de éste pesan como factores determinantes de este tipo de reacciones, fundamentalmente entre los colectivos más vulnerables de mujeres” (QUINTANILLA NAVARRO, 2005, p. 56). Quizá fuera conveniente, por ende, supeditar el restablecimiento del derecho no a la reconciliación de los cónyuges (que puede ser aceptada por la víctima para evitar otros daños) sino a otras circunstancias como pudiera ser el cese efectivo y prolongado de cualquier acto de violencia contra la mujer, sea cual sea la relación que las partes mantengan en el futuro.

Es más y como objeción adicional, teniendo en cuenta que el derecho a la pensión no se extingue hasta que recae condena firme, en cierta medida se está incentivando también la recurribilidad por parte del agresor, algo que se puede evitar declarando que ya desde la situación penal de imputado o procesado por un delito de violencia de género va a quedar efectivamente en suspenso el percibo de la prestación, tal y como ha recogido el INSS en un reciente criterio (CAVAS MARTINEZ, 2006, p. 347).

En todo caso, la sentencia condenatoria ha de llegar a conocimiento de la entidad a la que corresponde el abono de las pensiones de viudedad y orfandad. De ello se ha ocupado el Real Decreto 660/2007, de 25 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, que regula el registro central para la protección de las víctimas de violencia doméstica, entendiéndose que el encargado de este registro debe de comunicar semanalmente a la entidad gestora los procedimientos terminados por sentencia firme condenatoria (FARALDO CABANA, 2012, p. 56).

De lo que no cabe duda, a la postre, es de la necesidad de extender esta prohibición a otras prestaciones como pudiera ser la de paternidad (LANDA ZAPIRAIN, 2007, 19). Únicamente, el art. 9 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, introduce ciertas excepciones en lo que afecta a las posibilidades de “opción a favor del otro progenitor” de la prestación por maternidad cuando se ha producido entre la pareja algún episodio de violencia de género. Así, si bien la regla general establece que “en el caso de que ambos progenitores

trabajen el otro progenitor podrá percibir el subsidio por maternidad siempre y cuando la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, haya optado porque aquél disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre”, también se contempla que “dicha opción podrá ser revocada por la madre si sobrevinieren hechos que hagan inevitable la aplicación, tales como ausencia, enfermedad o accidente del otro progenitor, abandono de familia, separación, violencia de género u otras causas análogas” (art. 9.1). El legislador no hace más que plasmar en el texto de la norma una pauta lógica y razonable, puesto que obviamente constituiría una situación abusiva seguir disfrutando de un derecho ajeno en virtud de un acto inicial de cesión del titular cuando, de forma sobrevenida, la violencia de género hace cambiar sustancialmente la relación existente entre los progenitores (SELMA PENALVA, 2011, p. 1056).

3. La Publicación de la Ley Brasileña 11.340/2006 – “Lei Maria da Penha” y su Inclusión en el Ordenamiento Jurídico Brasileño

La República Federativa de Brasil, en su artículo 1º enumera como fundamentos de la Constitución Brasileña la soberanía; la ciudadanía; la dignidad de la persona humana; los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa y el pluralismo político (BRASIL, CRFB/1988, traducción nuestra). Después, en su artículo 3º expone los objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil, entre ellos, el de promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y cualquier otra forma de discriminación (BRASIL, CRFB/1988, traducción nuestra).

También en su artículo 4º adoptó como uno de sus principios el respecto a los derechos humanos (BRASIL, CRFB/88). Tanto es así, que Brasil ha ratificado muchos de los tratados internacionales y convenciones, incluyendo la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres y la Convención Interamericana para prevenir, punir y erradicar la violencia contra la mujer – Convención de Belém do Pará.

La preocupación por la salud y la integridad física de las mujeres brasileñas que sufren algún tipo de violencia en el ámbito familiar pasó a concretarse en el año de 2006, con la promulgación de la Ley nº 11.340/2006, bautizada de Ley “Maria da Penha”, por el presidente en ejercicio Luis Inácio Lula da Silva (BRASIL, LEI Nº 11.340/2006).

La Ley 11.340/2006 fue promulgada de acuerdo con el párrafo 8º del artículo 226º de la Constitución Brasileña, que prevé como deber del Estado prestar asistencia de forma especial a la familia, y a cada uno de los que la componen, creando mecanismos para cohibir la violencia de sus relaciones (BRASIL, CRFB/88, traducción nuestra). Al mismo tiempo que el Estado ofrece asistencia a la familia, buscará también proteger a la mujer

contra toda y cualquier tipo de agresión o violación de su derecho a vida, libertad, salud, integridad física o psíquica.

Como dato a tener en cuenta, cabe señalar que se llama Ley “Maria da Penha” en homenaje a la Sra. Maria da Penha Maia Fernandes, farmacêutica y bioquímica que sufrió incontables agresiones y dos tentativas de homicidios de su marido, Marco Antônio Herédia Viveiros, colombiano, economista y profesor universitario, naturalizado brasileño. En la primera tentativa de homicidio, en 1983 fue un disparo que la dejó tetrapléjica. La segunda tentativa de homicidio fue cuando su marido tentó electrocutarla en la bañera, mientras se bañaba.

La Ley “Maria da Penha” es una Ley que demuestra que las mujeres merecen una protección especial al ser víctimas de la violencia doméstica, no pudiendo, por lo tanto, ser aplicada en beneficio del hombre, aunque sea este víctima de violencia doméstica. Trátándose de una Ley constitucional y que no afronta el principio de la igualdad (BRASIL, 5º de la CRFB/88) pues la mujer y el hombre son iguales en la Ley (igualdad formal) cierto es que aporta un tratamiento desigual en virtud de su evidente desigualdad real (igualdad material).

Desde luego la protección que la ley “Maria da Penha” concede a la mujer tiene respaldo en los principios constitucionales de la dignidad de la persona humana (BRASIL, Art. 1º, III, CRFB/88) y de la igualdad en sentido material.

3.1. *Finalidad de la Ley 11.340/2006*

Siendo la Ley 11.340/2006 totalmente recibida por la Constitución Brasileña y verificada su constitucionalidad, incumbe relatar cuales son las definiciones sobre la violencia y cuál es la finalidad principal de la Ley.

Las intenciones de Ley son visibles desde el artículo 1º, que además de tener como objetivo castigar y prevenir la violencia doméstica y familiar contra la mujer, dispone sobre la creación de juzgados especializados en violencia doméstica y familiar y establece medidas de asistencia y protección a las mujeres víctimas de violencia doméstica y familiar (BRASIL, Ley 11.340/2006).

Al observar el artículo 1º y los demás preceptos de la Ley 11.340/2006, se puede decir que se trata de una ley multidisciplinar, por generar normas no sólo en la esfera penal – castigar al agresor --, como también en la esfera laboral -- artículo 9º --, además de aspectos civiles y de implantar políticas públicas de cuño social y asistencial.

En los artículos 7º y 5º de la Ley están definidas todas las formas de agresión contra la mujer, que configurara violencia doméstica y familiar. Es decir, la Ley “Maria da Penha” describe cuáles son las acciones consideradas como violencia doméstica -- art.7º -- cuando

llevadas a efecto en el ámbito de las relaciones familiares o afectivas -- descritas en el art. 5º -- (DIAS, 2007, traducción nuestra).

El concepto de violencia expresado en la Conferencia de Beijing (1995) es más amplio que el traído por la Convención de Belém do Pará (1994), una vez que considera incluido cualquier acto de violencia de género, que resulte o pueda provocar un daño o sufrimiento de naturaleza física, sexual o psicológica, inclusive amenazas, coerción o privación arbitraria de la libertad que se produzcan en la vida pública o privada. (Cavalcanti, 2010, traducción nuestra).

La violencia de género corresponde al lado más cruel y visible de la desigualdad entre hombres y mujeres, ya que lleva al varón a creer que es superior a la mujer y por eso tiene derecho de controlarla, sojuzgarla, humillarla y agredirla de diversas maneras, por el simple hecho de hacerlo, por la diferencia de género (CAMPOS, 2011, traducción nuestra).

La Ley 11.340/2006 ha separado la violencia desde dos aspectos distintos, la primera practicada en el ámbito de la unidad familiar, en el ambiente doméstico o de intimidad (Art. 5) y la segunda practicada contra la mujer (Art.7º). Estos dos tipos de violencia y previstos en la Ley “Maria da Penha” autorizan a la víctima a utilizar este poderoso estatuto tuitivo que actuará extendiendo su protección a las mujeres víctimas, de carácter asistencial, evitando y previniendo nuevas agresiones, pero sin olvidar tampoco su carácter represivo, condenando gravemente a su agresor (CUNHAS; PINTO, 2008, traducción nuestra).

3.2. Las Medidas de Asistencia a la Mujer Víctima de Violencia Doméstica o Familiar

El Estado Brasileño ocupa, lamentablemente, un lugar destacado, a nivel mundial, en el número de mujeres que sufren, o que han sufrido violencia de género. Datos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) indican que Brasil está en 7º (séptimo) lugar entre los países con el mayor índice de violencia contra la mujer -- mujeres entre 15 a 44 años --, estando únicamente por delante El Salvador, Trinidad y Tobago, Guatemala, Rúsia, Colombia y Belize (WAISELFISZ, 2012, traducción nuestra). De ahí la importancia de la actuación Estatal en aplicar y hacer cumplir las medidas preventivas y asistenciales de la Ley 11.340/2006.

En su artículo 6º, la Ley considera que la violencia doméstica y familiar como una de las formas de violación de los derechos humanos. Este notable reconocimiento tiene, según DIAS (2008, traducción nuestra), un carácter pedagógico. Además del carácter pedagógico de la Ley, también cabe destacar su carácter punitivo -- condenando el agresor --; y, su carácter asistencial, que puede ser visto desde el triple aspecto: social, salud y seguridad, y principalmente el carácter preventivo de la Ley, con la intención de cohibir

y prevenir las agresiones contra las mujeres, garantizando su seguridad, de manera que puedan sobrevivir con total libertad, lejos de su agresor y, a ser posible, que no tengan que depender, bajo ningún concepto, de su agresor.

Por razones sistemáticas --y de espacio-- y también con la intención de hacer un estudio paralelo en la protección a la mujer trabajadora española y a la mujer trabajadora brasileña que sufre violencia de género -- LPIVG – o a la brasileña que es víctima de violencia doméstica y familiar -- Ley 11.340/2006 --, entre todos los aspectos relevantes e importantes de la Ley 11.340/2006 se realizarán algunas consideraciones al respecto de las medidas asistenciales, más precisamente, en lo que se refiere a la asistencia de la mujer trabajadora en el ámbito privado, prevista en el artículo 9º, párrafo 2º, inciso II de la Ley: [...] art. 9º - La asistencia hecha a la mujer víctima de violencia doméstica y familiar será prestada en la forma articulada de conformidad con los principios y directrices previstas en la Ley Orgánica de la Asistencia Social (LOAS), en el Sistema Único de Salud (SUS) y en el Sistema Único de Seguridad Pública, entre otras normas y políticas públicas de protección y de emergencia cuando sea el caso. Además el párrafo 2º establece que: [...] §2º - El juez deberá garantizar a las mujeres en situaciones de violencia doméstica, para preservar su integridad física y psicológica: [...] II – el mantenimiento de la relación laboral, cuando sea necesario para la trabajadora ausentarse del trabajo por un plazo máximo de seis meses [...] (BRASIL, Ley 11.340/06, traducción nuestra).

La Ley trata de garantizar a la mujer que ha sufrido violencia doméstica y familiar la continuidad en su contrato de trabajo, hasta 6 (seis) meses, siendo competencia judicial la decisión de liberar a la mujer de comparecer en el trabajo durante ese tiempo. La ausencia en el trabajo de la mujer, en estos casos, será concedida para proteger su vida, integridad física y psicológica.

La medida de asistencia a la mujer generó derechos en el ámbito laboral, pues como se ha dicho, la ley concede el derecho a la mujer a ausentarse de su trabajo, sin que, en cambio, pierda su puesto de trabajo o vea su contrato rescindido debido a sus faltas.

Es sabido que una mujer con problemas familiares y que sufre constantes agresiones (físicas, morales o psicológicas) muchas veces se siente incapaz de acudir a su trabajo. Por eso, la aplicación de la medida prevista en el art. 9º, §2º, II se revela una de las acciones fundamentales para la mujer víctima, una vez que, sobre todo en este momento, la mujer necesita proveer su propio sustento y, para tanto, ella precisa seguir trabajando. Por eso, la medida contenida en la Ley, al asegurar el mantenimiento del vínculo laboral de la víctima, que trabaja en el servicio público (Art. 9º, §2º, I) o en la iniciativa privada (Art. 9º, §2º, II) debe ser valorada positivamente (DIAS, 2008, traducción nuestra).

Cabe destacar también que la conservación del puesto de trabajo, está prevista en el artículo 3º de la Ley 11.340/2006, cuando establece que a todas las mujeres víctimas

de violencia doméstica y familiar les serán aseguradas condiciones para el ejercicio del efectivo derecho a vida, a la seguridad, alimentación, educación, cultura, morada, acceso a la justicia, al deporte, al ocio, al trabajo, ciudadanía, libertad, dignidad y al respecto a la convivencia familiar y comunitaria (BRASIL, 11.340/2006, traducción nuestra).

A pesar de que el trabajo está asegurado en la Ley tanto en el art. 3º como en el art. 9º, lo que es sin duda relevante e importante para la mujer, generando ciertas implicaciones en el ámbito del derecho laboral, lo cierto es que el legislador brasileño no dejó claro algunas situaciones posibles para hacer que la referida garantía sea verdaderamente eficaz.

Entre los puntos controvertidos en cuanto a la aplicación del referido artículo, podemos citar, de forma breve y resumida, tres cuestiones suscitadas desde la aprobación de la Ley y que hasta el momento no se conoce con certeza cuáles son las respuestas.

3.3. Cuestiones Controvertidas Respecto del Artículo 9, §2º, II

Son tres las cuestiones controvertidas y no aclaradas por la Ley 11.340/2006 con relación al derecho previsto en su artículo 9, párrafo 2º, inciso II: 1) Qué órgano judicial deberá determinar los casos en que la trabajadora podrá ausentarse de su trabajo; 2) Cuál es la naturaleza jurídica del tiempo en que la trabajadora necesita ausentarse de su trabajo, como medida de protección; y 3) Durante el plazo de seis meses en que la trabajadora puede ausentarse de su trabajo por resolución judicial ¿tendrá alguna ayuda financiera?

1. Competencia del juez para decidir al respecto de la medida protectora del Art. 9º, §2º, I

Conforme a la redacción del Art. 9º, § 2º, II, de la Ley “Maria da Penha”, el juez asegurará a la mujer en situación de violencia doméstica y familiar -- como medida de protección de su integridad física o psíquica -- el mantenimiento de su vínculo laboral, cuando fuera necesario el alejamiento de su centro de trabajo, hasta por 6 (seis) meses. El primer problema que se verifica a partir de la simple lectura del artículo, es saber: ¿qué juez es el competente por decidir esta medida, cuando concurren los requisitos que autorizan su concesión?

Como la Ley no especifica cuál es el órgano competente para juzgar y aplicar la referida medida, resta saber, por lo tanto, si la competencia lo tiene la justicia común (civil o penal) o especial (laboral o especializado en violencia doméstica y familiar).

Para Maria Berenice Dias, la competencia para decidir respecto del mantenimiento del vínculo laboral será del JVD FM – “Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher”¹ – y, mientras no sean creados, la tarea es del juez de lo penal o, del juez de lo

1 JVD FM: Juzgados de Violencia Domestica y Familiar contra la mujer (traducción nuestra).

civil (“Vara da Família”), dependiendo de cuál sea el suplico de la víctima (DIAS, 2008, traducción nuestra).

En oposición a la referida autora, el jurista Sérgio Pinto Martins entiende que la competencia para juzgar en estos casos será de la Justicia del Trabajo, por tratarse de una cuestión propia de la relación laboral -- alejamiento del puesto de trabajo -- y también por fuerza del inciso I del artículo 114 de la Constitución Federal (Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios)².

Parece más acertado el segundo posicionamiento, pues una vez que se han confirmado los requisitos del art. 9º, § 2º, II, que autorizan el alejamiento de la trabajadora hasta 6 (seis) meses de su trabajo, para el mantenimiento de su vínculo laboral, deberá ser solicitado al juez laboral, una vez que es el órgano competente para decidir sobre los aspectos del contrato de trabajo presentes en la relación laboral. Resáltese que la competencia del juez laboral se confirma, sobre todo en los casos en que deberá ser analizado si hay o no una relación de trabajo entre la víctima y su empleador, cuando, por ejemplo, se trate de un trabajo de economía sumergida.

La prerrogativa de la Justicia Laboral, prevista en el artículo 114, I de la CRFB/88, es absoluta, por tratarse de competencia en razón de la materia. Lo que implica decir que, aunque se refiera a una medida protectora prevista en legislación especial, la competencia para juzgar conflictos de orden laboral, que se pronuncian respecto a la relación laboral entre trabajador y empresario es de la Justicia Laboral, aunque el empleador en nada contribuyó para que su trabajadora tuviera que ausentarse de su puesto de trabajo.

2. Naturaleza jurídica del tiempo en que la trabajadora necesita ausentarse de su trabajo, como medida de protección

Analizando las repercusiones del art. 9, § 2º, II, de la Ley 11.340/2006 en el derecho laboral, cabe destacar el esfuerzo de la doctrina en explicar la naturaleza jurídica del período (hasta seis meses) en que la trabajadora puede ausentarse de su puesto de trabajo para salvaguardar su derecho a la vida y su integridad física y psíquica, asegurando el mantenimiento de su puesto de trabajo durante el referido período (hasta seis meses).

El período en que no hay prestación laboral por parte de la trabajadora, ante la imposibilidad de comparecer al trabajo, para la legislación laboral, puede considerarse como interrupción o suspensión del contrato de trabajo.

2 Corresponde a la Justicia Laboral procesar y juzgar: I-las acciones derivadas de la relación de empleo, tanto de derecho público (Administración pública directa o indirecta de la Unión, Estados, del Distrito Federal y Municípios) como de derecho privado (BRASIL, CRFB/88, ART. 114, I, traducción nuestra).

La doctrina brasileña, según Vólia Bomfim Cassar, se encargó de adoptar una terminología propia (suspensión e interrupción) para denominar los períodos de paralización de una o algunas cláusulas contractuales, abandonando los criterios de la doctrina extranjera, que subdivide la suspensión en total -- verdadera suspensión -- y parcial -- interrupción -- (CASSAR, 2014, traducción nuestra).

De manera muy clara, la diferencia entre interrupción y suspensión del contrato de trabajo, para Maurício Godinho Delgado, es la siguiente: en la suspensión, la cesación del contrato de trabajo es total, no hay abono de sueldos y el período de alejamiento del puesto de trabajo no se computa como período de tiempo de servicio efectivo. En la interrupción cesa el contrato de trabajo parcialmente, pero hay pago de la remuneración debida y el período de alejamiento cuenta como tiempo de servicio (DELGADO, 2014, traducción nuestra).

Alice Montero de Barros, en el mismo sentido, esclarece que en ciertos casos no existe prestación de servicio por parte del trabajador e igualmente, el empleador paga su sueldo, tratándose de un caso típico de interrupción contractual. Por el contrario, en la suspensión del contrato de trabajo aunque también existir la cesación temporal de la prestación del servicio, no hay abono de salarios y tampoco el período de alejamiento será considerado a efectos legales (BARROS, 2009, traducción nuestra).

Para que fuese un caso de interrupción del contrato de trabajo -- con percepción de sueldo--, el período en que la trabajadora permaneciese ausente en el trabajo, la Ley 11.340/2006 debería imponer la obligación al empleador de forma expresa, ya que, según el principio de la legalidad, nadie está obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa excepto por mandato de la ley (BRASIL, CRFB/88, art. 5, II, traducción nuestra).

El autor brasileño, Sergio Pinto Martins, defiende que durante el tiempo en que la trabajadora permanece ausente del trabajo, el contrato de trabajo se suspenderá y todos los efectos de la relación jurídica de trabajo también se suspenden, o sea, no hay prestación laboral, pero tampoco hay abono del sueldo o cómputo de este tiempo como tiempo de servicio para cualquier fin.

No obstante, encuadrándose el alejamiento previsto en el artículo 9º, §2º, inciso II, de la Ley 11.340/2006 como suspensión del contrato de trabajo, la falta de remuneración durante este período - ya que el empleador no está obligado por la Ley a pagar el sueldo a la trabajadora durante su ausencia - podría impedir a la mujer intentar alejarse de su agresor en virtud de su dependencia financiera, lo que tornaría la medida en totalmente ineficaz.

Está claro que el período en que la mujer tiene una resolución judicial de alejamiento de su agresor y de su trabajo, es el momento en que la mujer víctima necesita buscar su independencia, sobre todo la independencia financiera. Por lo tanto, la solución más

adecuada es la suspensión del contrato de trabajo, manteniéndose el vínculo laboral de la mujer, no obstante no tendrá derecho a recibir sueldo de su empleador, pero sí de la Seguridad Social, al igual que ocurre con las prestaciones debidas a la mujer en licencia por el embarazo (BRASIL, CLT, Art. 392) o cuando el trabajador tiene que ausentarse del trabajo por motivo de enfermedad o accidente (Cunha e Pinto, 2009, traducción nuestra).

3. *Proyecto de ley nº 296/2013 del Senado federal que trata del beneficio de “auxílio-transitório” para mujeres que sufren violencia doméstica o familiar*

En 2016 hará 10 años que la “Lei Maria da Penha” fue promulgada y pasó a ser un verdadero instrumento de combate frente a la violencia doméstica y familiar en el Estado Brasileño. No obstante, todavía hace falta una normativa que venga a ofrecer una verdadera asistencia a la mujer víctima del maltrato.

Como ya se ha señalado anteriormente, tal obligación no puede recaer sobre el empleador de la víctima, principalmente por dos motivos: 1) la mujer víctima tiene que ausentarse de su trabajo por motivos ajenos a su voluntad, de la misma manera que el empleador no ha generado la referida ausencia, tampoco tiene, por lo tanto, el deber de remunerar a la trabajadora durante el período en que esté ausente de su trabajo; 2) si tal cargo recayera sobre el empleador, muy probablemente generaría una discriminación a la contratación de féminas en el mercado de trabajo, ya que los empleadores tendrían conciencia de que durante la vigencia del contrato de trabajo, la mujer podría utilizar la medida protectora y sin recibir la prestación laboral, tendría que pagar los emolumentos.

La medida protectora de alejamiento no va en contra la protección del mercado laboral de la mujer (BRASIL, CRFB/88, Art. 7º, XX), una vez que durante este período el empleador no tiene que cubrir cualquier obligación a su cuenta.

No obstante, si el objetivo de la Ley es proteger a la mujer de la violencia doméstica y familiar, para que pueda disponer de sus derechos y pueda vivir con dignidad, también deberá ser objeto de la Ley establecer mecanismos que le garanticen su subsistencia, ya que dejarla sin amparo en este momento supone una infracción del principio de la dignidad de la persona humana (BRASIL, CRFB/88, Art. 1, II) y una quiebra del Estado Democrático de Derecho Brasileño que debe preservar la salud de todos sus ciudadanos (BRASIL, CRFB/88, Art. 194).

Siguiendo el ejemplo de legislaciones más avanzadas sobre el tema, como es el caso de la legislación española --tratada anteriormente en este artículo--, donde se reconoce la existencia del riesgo social y de la protección que las mujeres necesitan de esta atención por parte del Estado, y ofrece una prestación de la Seguridad Social a la mujer víctima de la violencia de género para proveer su sustento y el de sus hijos, lejos de su agresor, durante el tiempo en que la mujer no puede acudir a su trabajo, norma que a nuestro juicio es muy acertada.

Desde el año de 2013 está en trámite en el Senado Federal Brasileño, un proyecto de ley (PL286/2013) que modifica la Ley de la Seguridad Social Brasileña (BRASIL, Lei 8.213/91) y la propia Ley 11.340/2006, reconociendo el riesgo social afrontado por la mujer trabajadora -- víctima de violencia doméstica y familiar -- y ofrece una prestación (remuneración) que deberá ser pagado por el INSS (Estado) durante el tiempo en que la trabajadora tenga necesidad de ausentarse de su puesto de trabajo para protegerse.

La prestación de la Seguridad Social, que está en trámite, tiene el nombre de “auxílio-transitório” y será abonado a las mujeres víctimas de violencia doméstica y familiar que tengan que ausentarse de su trabajo. Según el proyecto, la prestación seguirá los mismos moldes de la prestación ofrecida a los trabajadores víctimas de accidente de trabajo.

La inclusión de la violencia doméstica y familiar como un riesgo social afrontado por las mujeres brasileñas y el ofrecimiento de la correspondiente prestación asistencial a la víctima no puede ser vista como si se tratase de una ayuda por parte del Estado, más sí de una obligación, de un deber del Estado...como si se trata de una ayuda por parte del Estado, más sí una obligación, un deber del Estado en garantizar el efectivo ejercicio de la ciudadanía, de la observancia del principio de la dignidad de la persona humana y sobre todo de posibilitar, sin discriminación, la justicia y paz social.

Lo que se espera es que un Proyecto de Ley de gran importancia, como éste que está en trámite en el Senado, sea aprobado, a pesar de encontrarse en estos momentos en una situación de inestabilidad económica-financiera.

4. Conclusión

La protección a la mujer que sufre violencia de género -- España -- y a la mujer que sufre violencia doméstica y familiar -- Brasil -- tiene un enfoque multidisciplinar per con reflejo directo en el contrato de trabajo de la mujer víctima.

Las Leyes han tenido como años de su publicación dos momentos muy cercanos, la LPIVG en el año 2004 y la Ley “Maria da Penha” en el año de 2006. En lo que respecta a las repercusiones sobre los derechos de las mujeres previstos en estos dos sistemas jurídicos, la legislación española está más adelantada en la interpretación y en la aplicabilidad de las medidas en comparación con el ordenamiento brasileño.

Está claro que aún quedan por solventar algunas lagunas existentes en la Ley española, pero ya se ha recorrido una gran parte del camino. En el caso brasileño, la gran necesidad de las mujeres en tener una legislación especializada para cohibir, prevenir y punir a sus agresores, ha priorizado y extendido la aplicación de las medidas de urgencia, – como el alejamiento del agresor a su víctima – y ha dejado en segundo plano la medida asistencial prevista en el artículo 9º, párrafo 2º, inciso II de la Ley “Maria da Penha”, que garantiza el mantenimiento del vínculo de empleo por hasta seis meses.

El ordenamiento español además de estar más adelantado en ofrecer medidas de asistencia integral a las mujeres víctimas de violencia, también podrá servir de ejemplo para la implementación de algunas alteraciones y/o mejoras en la Ley brasileña.

Lo que no deja lugar a dudas es que, tanto en el ordenamiento español, como en el brasileño las mujeres víctimas de violencia son merecedoras de una asistencia integral por parte del Estado, tendente a garantizar a las mujeres una vida digna, segura y libre de cualquier tipo de violencia machista.

5. Referências

- ALBERDI, I. y MATAS, N.: *La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España*, Barcelona (Fundación La Caixa), 2002.
- ARAMEDI SANCHEZ, P.: “Los aspectos laborales de la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista de Derecho Social*, núm. 30, 2005.
- BLASCO JOVER, C.: “La protección de la trabajadora víctima de maltrato en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Relaciones Laborales*, núm, 21, 2005.
- BARROS, A. M. de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do*, 1988. CRFB/88.
- BRASIL, *Consolidação das Leis Trabalhistas*, 1943. CLT/4.
- BRASIL, *Lei 8.213/91*.
- BRASIL, *Lei 11.340/2006*.
- CAMPOS, A. H.; CORRÊA, L. R. *Direitos Humanos das Mulheres*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- CASSAR, V. B. *Direito do trabalho*. 9 ed. São Paulo: MÉTODO, 2014.
- CAVALCANTI, S. V. S. de F. *Violência doméstica: análise da Lei “Maria da Penha” nº 11.340/06*. 3ª ed. rev. ampl. Salvador: Editora Juspodivum, 2010.
- CAVAS MARTINEZ, F.: “La protección jurídico-laboral de las mujeres víctimas de violencia de género”, en VV.AA (SANCHEZ TRIGUEROS, C., Coord.): *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Pamplona (Aranzadi), 2006.
- CEINOS SUAREZ, A.: *El desistimiento como causa de extinción del contrato de trabajo*, Pamplona (Aranzadi), 2008.
- CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) Comentado artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

- DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Relaciones Laborales*, núm. 6, 2005.
- DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 13 ed. São Paulo: LTr, 2014.
- DIAS, M. B. *A Lei Maria da Penha na justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DIAS, M. B. Uma lei com nome de mulher, 2012. Disponible em <http://mariaberence.com.br/uploads/uma_lei_com_nome_de_mulher.pdf>. 20 marzo 2015.
- FARALDO CABANA, C.: “El derecho de las trabajadoras víctimas de violencia de género al cambio de lugar de trabajo y a la movilidad geográfica”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 153, 2012.
- FARALDO CABANA, C.: “La pérdida de la condición de beneficiario de la pensión de viudedad del condenado por homicidio o lesiones en el contexto de la violencia doméstica y de género”, *Relaciones Laborales*, núm. 13-14, 2012.
- FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: *La dimensión laboral de la violencia de género*, Albacete (Bommarzo), 2005.
- FERRADANS CARAMES, C.: “Medidas laborales de la Ley de protección contra la violencia de género y negociación colectiva”, *Revista de Derecho Social*, núm. 32, 2005.
- GALA DURAN, C.: “Violencia de género y Derecho del Trabajo: una aproximación a las diversas medidas previstas”, *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2005.
- GARCIA NINET, J.I.: “Medidas laborales previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (II)”, *Tribuna Social*, núm. 170, 2005.
- IBGE – Instituto Brasileiro 2010 Disponible en <http://noticias.r7.com/brasil/noticias/pesquisa-ibge-68-das-mulheres-agredidas-sao-vitimas-de-companheiros-20100917.html> Acceso en 14/05/2015.
- KAHALE CARRILLO, D.T.: “El reconocimiento de los derechos laborales a las mujeres víctimas de violencia de género en los convenios colectivos”, *Aranzadi Social*, 2007.
- LANDA ZAPIRAIN, J.P.: “Aspectos problemáticos de las medidas de protección social previstas en favor de las mujeres objeto de situaciones de violencia de género por la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, *Tribuna Social*, núm. 56, 2007.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja”, *Actualidad Laboral*, núm. 7, 2005.

- MARTIN PUEBLA, E.: “Medidas laborales de protección contra la violencia de género”, *Tribuna Social*, núm. 179, 2005.
- MARTINS, S. P. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013.
- MATEU CARRUANA, M.J.: *Medidas laborales, de protección social y de fomento del empleo para las víctimas de violencia de género*, Madrid (Dykinson), 2007.
- MELLO, A. R. de. A Lei Maria da Penha e os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, p. 11. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoins-titucional/index.php/boletimdaenfam/article/viewFile/1618/1612>> Acesso em 13/05/2015.
- MENENDEZ SEBASTIAN, P. y VELASCO PORTERO, T.: *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*, Madrid (Cinca), 2006.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Las dimensiones socio-laborales de la ‘lucha’ contra la violencia de género. A propósito de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género --BOE de 29 de diciembre--”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro Estudios Financieros)*, núm. 264, 2005.
- ONU. Estudio a fonto sobre todas las formas de violencia contra la mujer, 2006. Disponible en: <<http://www.cepal.org/mujer/noticias/paginas/1/27401/InformeSecreGeneral.pdf>> 14 maio 2015.
- QUINTANILLA NAVARRO, B.: “Violencia de género y derechos sociolaborales: la L.O 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Temas Laborales*, núm. 80, 2005.
- QUIROS HIDALGO, J.G.: “La dimisión *sui generis* de la trabajadora víctima de violencia de género”, *Actualidad Laboral*, núm. 11, 2008.
- RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *La protección jurídico laboral de la mujer: luces y sombras*, Barcelona (Cedecs), 2002.
- RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*, Albacete (Bomarzo), 2013.
- SELMA PENALVA, A.: “Incidencia de la violencia de género sobre las normas laborales”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2011, pág. 1056.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y BARRIOS BAUDOR, G.L.: “Relaciones laboral y funcional”, en VV.AA (RIVAS VALLEJO, M.P. y BARRIOS BAUDOR, G.L., Dirs.): *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Pamplona (Aranzadi), 2006.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en VV.AA (MUERZA ESPARZA, J., Coord.): *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Pamplona (Aranzadi), 2005.

SOUZA, S. R. Comentários à lei de combate à violência contra a mulher. 2ªed. Curitiba: Juruá, 2008.

VILA TIERNO, F.: “Medidas de mantenimiento del empleo para las trabajadoras víctimas de violencia de género”, en VV.AA (QUESADA SEGURA, R., Dir.): *Perspectiva laboral de la protección contra la violencia de género*, Granada (Comares), 2009.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da violência 2012: Caderno Complementar 1: Homicídio de Mulheres no Brasil. São Paulo, Instituto Sangari, 2012, p. 11. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_mulher.pdf>. 14 maio 2015.

DIGNIDADE, TRABALHO E ESCRAVIDÃO: A APRENDIZAGEM DOS OFÍCIOS MECÂNICOS NA AMÉRICA PORTUGUESA, SUAS CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS NA FORMAÇÃO DE UMA IDENTIDADE COLETIVA DOS TRABALHADORES

AUGUSTO EDUARDO MIRANDA PINTO

Possui mestrado em Educação Tecnológica pelo Centro Federal de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca, mestrado e doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Atualmente é pós doutorando na Universidade de Coimbra no Centro de Direitos Humanos e professor do Instituto Federal Fluminense no curso de pós graduação stricto sensu, professor e pesquisador da Universidade Estácio de Sá, Auditor Fiscal do Trabalho e Chefe do Setor de Inspeção do Trabalho - Gerência Regional do Trabalho de Cabo Frio-RJ. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho e Ambiental, atuando principalmente nos seguintes temas: meio ambiente do trabalho, urbanismo e direitos humanos.

Resumo

O artigo propõe analisar a formatação das corporações de ofício que não ocorreu de maneira idêntica às congêneres ibéricas, guardando intensas diferenças em relação à realidade da metrópole, mas tendo papel fundamental na formação do trabalho dos ofícios mecânicos, com representação dos interesses dos artesãos. Apesar da ampliação do comércio, a vinda da Corte para o Brasil também abriu uma crise nas corporações, em função das medidas liberalizantes introduzidas. Após sua extinção, suas funções assistenciais seriam substituídas pelas sociedades de auxílio mútuo, e mais tarde pelos sindicatos. Mas, essa transição rompeu uma rede de participação social existente, enfraquecendo a posição do cidadão perante o Estado, mas com uma representação política em face do poder local, de forma a defenderem seus interesses. Estabelece-se a percepção dentro desse espaço histórico, como um reflexo do contexto colonial do império português, no qual o papel do trabalhador mecânico repercute no seu grupo e acarreta uma ordem corporativa que forma uma teia com desdobramentos políticos e sociais. Neste processo há um conflito entre a atuação dos livres e dos escravos no exercício do ofício na rua, sendo necessário avaliar a complexidade no papel desses atores que participaram ativamente das mudanças econômicas e políticas sedimentadas na relação capital-trabalho, com a consolidação de

uma formação coletiva dos trabalhadores e sua ascensão em uma sociedade extremamente estamentada, bem como seus reflexos na contemporaneidade.

Palavras-chave

Dignidade; Direitos Humanos; Corporações de Ofício; Direito do Trabalho.

Abstract

The article aims to analyze the formatting of the Guilds that doesn't occurred in the same way as the Iberian counterparts, keeping intense differences with the reality of the metropolis, but having a fundamental role in shaping the work of the mechanical trades, with the representation of the craftsman's interests. Despite the expansion of trade, the arrival of the Court to Brazil also opened a crisis in corporations, due to the introduction of the liberalizing measures. After their extinction, their assistance functions would be replaced by mutual aid societies, and later by the unions. But this transition broke an existing social network participation, weakening the position of the citizen to the state, but with a political representation in favor of the local government to defend their interests. The perception within this historical space is established as a reflection of the colonial context of the Portuguese empire, in which the role of mechanical worker resonates in his group and carries a corporate order to form a web with political and social developments. There is a conflict in this process between the activities of the free and the slave about doing their jobs on the street, being necessary to assess the complexity of the role of these people who participated actively in sedimented economic and political changes in the capital-labor ratio, with the consolidation of a collective training of workers and their rise in an extremely estamental society and its consequences nowadays.

Key words

Dignity; Human Rights; Guild; Labor Law.

1. Introdução

Desde o início da colonização na América Portuguesa esteve presente à organização do trabalho artesanal. Ela teve importância fundamental na política local das cidades, junto ao Senado e na Câmara, com desdobramentos sociais e econômicos significativos. Ainda no princípio, se necessitou de uma mão de obra especializada na colônia, tendo em vista o aumento dos núcleos populacionais e as necessidades de funções artesanais nas construções e atividades que se iniciavam, apostando-se no ingresso inclusive de escravos vindos da África e dos indígenas evangelizados pelos jesuítas.

O regime de trabalho dos artesãos tem início ainda em Roma no tempo de Pompílio (715-672) A.C., em que havia o colégio dos artesãos. Os artífices prosperaram até seu declínio com a invasão dos bárbaros e a utilização do instituto da servidão. Retornaram paulatinamente no século X, com o aparecimento das corporações, surgindo na Alemanha, depois na Inglaterra, e posteriormente na França, consistindo no aperfeiçoamento das associações anteriores, se dedicando ao comércio e as grandes obras em construção, com destaque as catedrais góticas e proporcionando um desenvolvimento econômico significativo. Ademais, havia entre suas funções o propósito de assistencialidade e uma rigorosa fiscalização do trabalho, com uma complexa hierarquização, que culminou no modelo do século XVI, onde para obter o título de mestre ter-se-ia que se submeter a custosos exames.¹

As Câmaras portuguesas tinham uma forma de representação da classe trabalhadora efetuada através das corporações de ofício. Eram eleitos pelos comerciantes e artesãos vinte e quatro representantes, no caso da cidade de Lisboa e Porto, formando a ‘Casa dos Vinte e Quatro’; e doze nas demais. Segundo Lopes² estes nomeavam dentre eles, quatro que seriam os procuradores dos ‘mesteres’ (mestres) e que teriam representação no Conselho Municipal. Boxer³ entendia que o número de procuradores eram quatro, e que tinham direito a comparecer a todas as reuniões do Conselho e a votar nas matérias que houvesse interesse das ‘guildas’ (como as corporações de ofício eram denominadas) e também quanto à vida econômica da vila ou da cidade. Sua influência atingia inclusive a administração municipal, principalmente em função do apoio de Dom João I, mestre de Avis, desde 1383, à sua causa.

Dentro dessas votações também eram avaliadas as questões referentes às condições de aprendizagem. As guildas eram compostas por bandeiras, que poderiam representar apenas um ofício ou vários, totalizando o total de doze, e estas indicariam dois membros para formar a ‘Casa dos Vinte e Quatro’. O membro mais velho da referida ‘Casa’ ou dos doze do povo (quando no local não havia a ‘Casa’, mas tinha representação corporativa) era chamado de ‘juiz do povo’ e como tal podia representar os interesses da classe trabalhadora no Senado, na Câmara e em Lisboa, perante até a própria Coroa. A incorporação dos juizes aumentava consideravelmente a importância política das corporações na administração municipal. A eleição para a referida ‘Casa’ se dava somente com condições específicas: os membros deveriam ter quarenta anos, serem casados, terem passado por todos os cargos da referida bandeira (do ofício que executavam) e que tivessem conseguido dois

1 GONÇALVES, Lopes. “As corporações e as bandeiras de ofícios”. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, vol. 206, janeiro-março. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1952, 172.

2 GONÇALVES, Lopes. “As corporações e as bandeiras de ofícios”. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, vol. 206, janeiro-março. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1952, 182.

3 BOXER, C. R. *O império marítimo português: 1415: 1825*. Lisboa: Ed. 70, 2012, p. 268.

terços dos votos. Privilegiava-se a experiência e o apoio de seus pares. Aqueles que não exerciam a função de ‘juiz do povo’, desempenhavam importantes funções municipais com repercussão política e proveito lucrativo.⁴

Dom Manuel em 1499, em sua carta régia, ratificava em Lisboa os poderes dos ‘mesteres’ para dar voz pelo povo, como vemos a seguir.

Pelo que nos apontastes na maneira que se tem no dar das vozes em alguns ajuntamentos, que de necessidade ás vezes se fazerem por bem da governança da cidade, e em algumas outras coisas para que convém, hemos por bem e determinamos que nos tais ajuntamentos não haja mais vozes que as dos Vinte e Quatro dos mesteres, e isto no que toca aos do povo porque estes abastam por êle, e assim se cumpra.⁵

A instituição da ‘Casa dos Vinte e Quatro’ também houve no Brasil, embora sem essa denominação. Segundo Lopes Gonçalves, a primeira notícia que se tem referência das corporações de ofício é de 21 de maio de 1641 com a eleição de doze mestres na Câmara Municipal de Salvador, os quais podiam eleger um ‘juiz do povo’ e um escrivão. Podemos afirmar que se manteve a formação político-administrativa de representação das relações de trabalho da Corte Portuguesa. Era uma Casa com metade dos ‘mesteres’ que a cidade de Lisboa e Porto, mas com igual número de membros que a cidade de Guimarães, provavelmente em função dos poucos ofícios prestadores de serviços à época.⁶

Posição diversa de Vieira Fazenda, que afirma a inexistência da Casa dos Vinte e quatro no Brasil, mas reconhece que os representantes dos ofícios mecânicos eram ouvidos nos negócios importantes, sendo eleitos pelo povo e a Câmara, com juizes da terra ou pedâneos (o equivalente do ‘juiz do povo da Casa dos Vinte e Quatro de Lisboa), três vereadores e um procurador.⁷

Evidentemente, a formação das corporações de ofício não ocorreu de maneira idêntica às congêneres ibéricas, guardando intensas diferenças em relação à realidade da metrópole. Ressalta-se que uma das semelhanças é o papel delas na formação do trabalho dos ofícios mecânicos, com representação dos interesses dos artesãos frente à demanda por obras, que se ampliou, principalmente, com a vinda da família real no século XVIII.

Apesar da ampliação do comércio, a vinda da Corte para o Brasil também abriu uma crise nas corporações, em função das medidas liberalizantes introduzidas, como: a

4 GONÇALVES, Lopes. “As corporações e as bandeiras de ofícios”. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, vol. 206, janeiro-março. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1952, 183.

5 GONÇALVES, Lopes. “As corporações e as bandeiras de ofícios”. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, vol. 206, janeiro-março. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1952, 183.

6 GONÇALVES, Lopes. “As corporações e as bandeiras de ofícios”. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, vol. 206, janeiro-março. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1952, 187.

7 LIMA, Heitor Ferreira. *Formação industrial do Brasil: período colonial*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura: 1961, p. 250.

abertura dos portos e a liberdade da indústria, ambas ocorridas em 1808. Conforme a Constituição de 1824, no seu artigo 177, inciso 25 ocorreu à extinção das mesmas, e que viriam a ser substituídas, posteriormente, pelas sociedades de auxílio mútuo, e mais tarde pelos sindicatos, a partir de um processo de formação coletiva dos trabalhadores. Mas, essa transição rompeu uma rede de participação social existente, enfraquecendo a posição do cidadão perante o Estado, e de sua representação que era, com as devidas proporções, de uma classe que não tinha acesso aos privilégios da corte⁸.

Os ofícios se organizaram atrelados aos interesses dos colonizadores portugueses, sendo adaptada a mesma hierarquia dos ofícios existentes nas corporações da metrópole, estando os artesãos divididos em: aprendizes, oficiais e mestres. Um aprendiz precisava pelo menos quatro anos de prática para passar por um exame avaliador e adquirir junto ao escrivão do ofício uma carta que o habilitaria a exercer suas funções. O exercício desse labor teve uma organização significativa no Rio de Janeiro, tendo em 1792: cento e três oficiais examinados, com lojas abertas trabalhando na cidade. Embora houvesse um controle pelo poder régio, havia também uma representação política em face do poder local, de forma a defenderem seus interesses, perante, inclusive, ao senado e a câmara, como anteriormente apresentado⁹.

Neste processo de representação há um conflito entre a atuação dos livres e dos cativos no exercício do ofício na rua, ocorrendo até prisões em função da atividade ilícita de escravos, mulheres e pessoas imperitas. As corporações exerciam assim um papel de proteção a seus associados, com auxílio econômico e controle sobre a produção e comércio na cidade, juntamente com as irmandades religiosas e ordens terceiras, que no Rio de Janeiro eram referência para os diversos ofícios mecânicos, oferecendo empréstimos e controlando a qualidade dos serviços, com regras severas quanto ao descumprimento. Exerciam, assim, um papel fiscalizatório das atividades manufatureiras e defendiam a atuação dos aprendizes e oficiais que estavam ligados à irmandade, em detrimento dos outros sem qualificação adequada¹⁰. Posteriormente com sua extinção, às irmandades e as associações mutualistas continuariam com a função assistencialista que cabia às corporações de ofício, mas sem o aspecto hierárquico e as condições rígidas de admissão para o ofício, em função da prova para os mestres e a partir da carta de aceite que era exigida.

Adam Smith exibiu uma oposição considerável quanto ao aprendizado nas oficinas. Apresentando os aprendizes como preguiçosos, argumentou contra o controle das

8 MARTINS, Mônica de Souza Nunes. Entre a cruz e o capital: as corporações de ofícios após a chegada da família real (1808-1824). Rio de Janeiro: Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro/Garamond, 2008, p. 5, 6.

9 MARTINS, Mônica de Souza Nunes. "A arte das corporações de ofícios: As irmandades e o trabalho no Rio de Janeiro Colonial." In: *CLIO-Revista de Pesquisa Histórica*, Recife, n. 30.1, 2012, p. 10,11.

10 MARTINS, Mônica de Souza Nunes. "A arte das corporações de ofícios: As irmandades e o trabalho no Rio de Janeiro Colonial." In: *CLIO-Revista de Pesquisa Histórica*, Recife, n. 30.1, 2012, p. 12,15.

corporações nas atividades profissionais, em função do prejuízo pela falta de concorrência e do exercício de um monopólio prejudicial ao livre comércio. Suas ideias visavam uma total reformulação nas relações de trabalho, de modo ao trabalhador poder escolher, independente das amarras das corporações, onde, como e por quanto trabalhar. Evidente, que na prática, tais afirmações não eram tão verossímeis, mas em um ambiente controlado por aprendizes e mestres, o autor apresentou suas ideias liberais com uma visão preconceituosa.

Um aprendiz tem tendência para ociosidade, e é quase sempre indolente, dado que não tem qualquer interesse imediato em não ser. Nos empregos inferiores, os frutos do trabalho constituem sua única recompensa. (...) Um jovem concebe natural aversão pelo trabalho de que durante muito tempo não obtém qualquer benefício¹¹.

Thompson também critica a forma remuneratória dos artesãos firmando que seus salários eram no século XIX determinados por concepções de prestígio social e pelo ‘costume’, “em vez da oferta e procura do mercado de trabalho. A regulação do salário usual podia envolver muitos fatores, desde o status determinado pela tradição para o artesão rural, até a intrincada regulamentação institucional nos centros urbanos.”¹²

O crescimento do número de artesãos, da demanda pelos seus serviços, da quantidade de lojas e da enormidade de obras falsificadas preocupava as autoridades e as irmandades, que buscavam estratégias para unificar regras e exercer maior controle sobre o trabalho dos artífices na cidade. Por outro lado, os artesãos buscavam suas garantias de segurança profissional e econômica: no primeiro caso, queriam ter o controle sobre a produção de seus artigos, eliminando qualquer concorrência de artífices não ligados às irmandades; no segundo, buscava no auxílio mútuo a garantia necessária para as atribulações e incertezas da vida. Neste processo de crescimento e desenvolvimento urbano, as irmandades dos ofícios desempenharam um papel fundamental na organização da vida social, profissional e econômica na cidade.¹³

Podemos observar um monopólio de mercado pelas corporações de ofício, que tinham seus salários regulados mais por costume do que pelas relações de oferta e procura, mas apresentavam um produto de boa qualidade, principalmente pela valorização no meio artesanal da qualificação dos mestres e do compromisso com os consumidores de sua excelência na prestação de serviços.

11 SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkein, 1993, vol. I, p. 270.

12 THOMPSON, E.P. *Formação da Classe Operária Inglesa*. 3 vols. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 89.

13 MARTINS, Mônica de Souza Nunes. *Entre a cruz e o capital: as corporações de ofícios após a chegada da família real (1808-1824)*. Rio de Janeiro: Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro/Garamond, 2008, p. 74.

No início do século XIX houve alterações significativas neste sistema com o avanço das ideias liberais vindas da Europa e do fortalecimento do livre comércio. As corporações de ofício com o controle sobre a produção, distribuição e controle de preços acabaram por perder seu fôlego e a ter seu término decretado na Constituição de 1824, deixando marcas significativas na falta de formação de mestres. O artesão, em meio a uma sociedade extremamente estamentada, gozava de prestígio junto às camadas populares e depois de sua extinção, mesmo havendo desprezo pelas atividades manuais, era uma das poucas chances de mobilidade social para mão de obra carente e escrava.¹⁴ Seu papel foi de certa forma continuado através das irmandades religiosas, que tiveram papel fundamental em uma atuação assistencialista e mutualista aos trabalhadores.

2. Desenvolvimento

Há poucas obras sobre classe operária anterior a 1885. Há menções às associações mutualistas, mas sem admitir o importante papel dessas experiências à condição de antecedentes do movimento operário, considerando apenas como uma espécie de “pré-história” da classe laboral, estabelecendo um marco de distinção em 1888, em fase dos preâmbulos de uma formação sindical. Os primeiros anos do século XX viram o surgimento de um novo tipo de organização operária, criadas para exercer funções de cunho sindicais: lutando por melhores salários, pela diminuição da jornada de trabalho e por condições de trabalho mais dignas. Essas organizações pareciam se contrapor às sociedades de socorros mútuos existentes, mas tinham aspectos semelhantes, com elementos significantes de continuidade presentes, referentes à dignidade do trabalho, à valorização do trabalho manual e, sobretudo, aos princípios do conceito de uma formação de classe, em relação, inclusive, as corporações de ofício que antecederam as mesmas, proibidas pela Constituição de 1824¹⁵.

Parece improvável que as corporações pudessem continuar a existir clandestinamente depois de sua proibição, já que a lei de 29 de outubro de 1823 voltou a proibir as sociedades secretas e punia gravemente os membros que funcionassem sem autorização escrita para tal. Acreditamos que parte de suas atribuições acabaram por ser continuadas pelas associações mutualistas¹⁶.

14 MARTINS, Mônica de Souza Nunes. “A arte das corporações de ofícios: As irmandades e o trabalho no Rio de Janeiro Colonial.” In: *CLIO-Revista de Pesquisa Histórica*, Recife, n. 30.1, 2012, p. 16.

15 BATALHA, Cláudio H. M. “Sociedades e trabalhadores no Rio de Janeiro do século XIX: Algumas reflexões em torno da formação da classe operária”. In: *Cadernos AEL: Sociedades operárias e mutualismo*. Campinas: UNICAMP/IFCH, v.6, n.10/11, 1999, p. 45-47.

16 BATALHA, Cláudio H. M. “Sociedades e trabalhadores no Rio de Janeiro do século XIX: Algumas reflexões em torno da formação da classe operária”. In: *Cadernos AEL: Sociedades operárias e mutualismo*. Campinas: UNICAMP/IFCH, v.6, n.10/11, 1999, p. 49.

Todavia, há diferenças quanto ao papel das corporações e das irmandades, enquanto a primeira atendia os interesses profissionais de seus integrantes, a segunda, e de modo especial, as Misericórdias, encarregavam-se dos encargos assistenciais e espirituais. Isto não descaracteriza o caráter mutualista das corporações, ou ainda, em muitos casos, a origem das confrarias nos ofícios, mas ressalta-se que uma não era sinônima da outra, apenas, talvez, as irmandades sejam a faceta religiosa das corporações. “Em síntese, as irmandades funcionaram como agentes de solidariedade grupal, congregando, simultaneamente, anseios comuns frente à religião e perplexidades frente à realidade social”.

A irmandade destacava-se como a base econômica de sustentação das corporações e para o desempenho dos ofícios. Isto porque eram elas que organizavam toda a estrutura econômica ligada ao exercício profissional dos artífices, cuidando desde a autorização para a prática do ofício, através da concessão da carta de exame, até o preço dos produtos comercializados pelos artesãos. Assim, era a irmandade responsável por fiscalizar os ofícios, cuidando de todas as condições para o exercício da mão-de-obra do artífice; cobrava joia dos mestres que possuíam loja aberta na cidade e puniam aqueles que não cumprissem suas obrigações; determinavam as regras para o exercício do ofício e para a admissão de aprendizes, através do estabelecimento de um compromisso ou regimento, que muitas vezes baseava-se nos princípios de suas congêneres europeias.¹⁷

Não obstante o lapso temporal do término das corporações de ofício e das primeiras sociedades de auxílios mútuos, alguns elementos de continuidade na prática desses dois tipos de organização são facilmente perceptíveis. Entre eles podemos apontar: a excessiva preocupação quanto à qualificação profissional, bem como a um sistema de controle sobre o mercado de trabalho e a defesa profissional através de propostas de controle e proteção do mercado contra a concorrência, bem como a busca de colocação dos associados no mercado de trabalho. As corporações buscando perpetuar os seus negócios tiveram papel fundamental na produção de bons artigos a preços baixos, sendo intimamente ligada ao caráter religioso, com influência no desenvolvimento do próprio mercado de consumo.¹⁸

Após 1824, é possível afirmar que as sociedades de socorros mútuos eram as únicas formas legalmente viáveis de organização para os trabalhadores manuais livres, e que além do socorro aos seus associados era intrínseco aos seus objetivos a defesa profissional, com a continuação dos princípios das corporações anteriores, que foram extintas. Mas, aquelas

17 MARTINS, Mônica de Souza Nunes. Entre a cruz e o capital: as corporações de ofícios após a chegada da família real (1808-1824). Rio de Janeiro: Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro/Garamond, 2008, p. 75.

18 MARTINS, Mônica de Souza Nunes. Entre a cruz e o capital: as corporações de ofícios após a chegada da família real (1808-1824). Rio de Janeiro: Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro/Garamond, 2008, p. 21.

não eram apenas continuação destas, havia uma caracterização maior quanto a defesa de determinadas condições de trabalho e salário, que aproximava as sociedades de socorro mútuo das sociedades de resistência do século XX, que culminaria na formação de sindicatos com representação da coletividade de trabalhadores. Sem sombra de dúvida além da ruptura institucional e jurídica da corporação de ofício, há mudanças na ritualística que regem estas instituições, as sociedades mutualistas perdem o aspecto religioso no discurso das práticas coletivas dos artesãos¹⁹.

Não me parece que o fator externo à vida das corporações (a sua proibição pela Constituição de 1824) possa por si só explicar as mudanças no campo da cultura desses trabalhadores; é preciso buscar fatores internos. A linguagem das corporações já não dava conta do mundo do trabalho em meados do século XIX. Além disso, há um processo de democratização nas sociedades operárias, com a junção dos mestres (únicos com direito à organização à época das corporações), dos oficiais e até dos aprendizes numa mesma associação, democratização esta perceptível também no peso crescente que as assembleias de sócios desempenham, pelo menos estatutariamente, na vida associativa. Ressalta-se que este processo se observa na cidade do Rio de Janeiro e não pode ser generalizado para outras regiões onde há dinâmicas regionais diferenciadas, como é o caso de Goiás que no início do século XX ainda se encontrava irmandades e confrarias de artesãos e trabalhadores, assumindo em muitos casos funções assistenciais e mutualistas²⁰.

É possível constatar a existência de diversas associações no Rio de Janeiro, a Associação Tipográfica Fluminense, que foi uma das primeiras organizações operárias surgidas no Brasil, fundada em 1853 e quando se transferiu para capital federal foi responsável pelo comando de greve em 1858. Neste ano ainda, foi fundada a Associação de Auxílio Mútuo dos Empregados da Tipografia Nacional e a Associação dos Socorros Mútuos, mais tarde, transformada em Liga Operária e posteriormente em 1884 foi fundada a União Beneficente dos Operários da Construção Naval. Verificamos afastamento do caráter beneficente em 1880 quando os operários do Arsenal da Marinha da Corte fundaram o Corpo Coletivo da União Operária, que se intitulou ‘Centro representativo da Classe’ e não uma associação de beneficência, mas teve como um dos seus objetivos a concretização de um montepio, de modo a formar de maneira pioneira um seguro social, se apresentando como uma instituição intermediária entre o tipo mutualista puro, do modo das irmandades e corporações apresentavam anteriormente, e o do tipo reivindicatório, lutando

19 BATALHA, Cláudio H. M. “Sociedades e trabalhadores no Rio de Janeiro do século XIX: Algumas reflexões em torno da formação da classe operária”. In: *Cadernos AEL: Sociedades operárias e mutualismo*. Campinas: UNICAMP/IFCH, v.6, n.10/11, 1999, p. 50.

20 BATALHA, Cláudio H. M. “Sociedades e trabalhadores no Rio de Janeiro do século XIX: Algumas reflexões em torno da formação da classe operária”. In: *Cadernos AEL: Sociedades operárias e mutualismo*. Campinas: UNICAMP/IFCH, v.6, n.10/11, 1999, p. 52, 53.

pela aprovação do Decreto Legislativo nº 9601, de 12-VI-1886 perante o parlamento e o Imperador, ao qual denominava: Augusto Protector da classe operária, demonstrando a importância desse segmento, nas relações de poder.²¹

Ademais, ressalta-se que as associações criaram uma estrutura garantidora da paz social e de harmonia política, em função de sua crença no cristianismo social, no liberalismo e no solidarismo radical, abrigando os democratas mais ardorosos, os observadores sociais caridosos e ainda aqueles, que sonhavam com o Antigo Regime. Seu aspecto aglutinador permitiu entrelaçar as contradições da nova sociedade, reestruturada pela revolução industrial, adequando o mundo do trabalho e a produção em suas várias vertentes de experimentação social, sonhando com um futuro melhor, abarcando os utopistas, reformadores e posteriormente até os teóricos do socialismo. Foi o embrião do desenvolvimento sindical, mas também um fenômeno de massificação e especialização.

Mas o desenvolvimento paralelo das forças da produção e da democracia não a marginalizou? **Não correu ela o risco de ser, daí em diante, apenas um lugar de experimentação para vontades sociais ainda mal exploradas ou mal assumidas pelas grandes maquinarias modernas da profissão, do sindicato, do partido e do Estado?** Quando Dalou inscreveu a palavra no pé da estátua da República na praça da Nation (1899), e Waldeck-Rousseau a legalizou, a associação poderia renascer na política?(grifos nossos) ²²

Todavia, não se deve analisar a influência das irmandades religiosas somente em torno da defesa de seus membros, ela introduziu na relação de trabalho conceitos importantes de religiosidade cristã, como a moral e ética na profissão e na busca da execução de serviços com qualidade e respeito ao comprador.

Ao analisar a escravidão brasileira no século XIX, houve um aumento considerável do tráfico escravo, mesmo depois do compromisso com a Inglaterra de aboli-lo desde 1830. Com isso, mesmo com a proibição de algumas irmandades de aceitar o aprendiz negro, estes exerceram o artesanato, como forma de ter uma ocupação mais especializada e também como forma de angariar fundos para seu senhor, como um ‘escravo de ganho’.

Este número aumenta depois de 1828, quando os poderes da Câmara já não exerciam o controle dos que ingressaram nas profissões mecânicas e as corporações não exerciam mais controle rígido sobre a atividade, ou tinham mesmo desaparecido. Neste cenário a indústria estrangeira invade o mercado nacional, com a presença de artífices ingleses, franceses, italianos e alemães, coincidindo com introdução de instrumentação mecanizada inglesa e com a maior participação dos escravos nas tarefas de acabamento de edifícios,

21 RODRIGUES, José Albertino. *Sindicato e Desenvolvimento no Brasil*. São Paulo: Símbolo, 1979, p. 6-7.

22 RÉMOND, R. *Por uma história política*. 2º Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003, p. 118.

móveis, ferragens, etc., assimilando as técnicas dos diversos ofícios e tornando-se rivais: brancos, escravos, alforriados, mestres, aprendizes e oficiais.²³

O argumento de que a concorrência de escravos seria a responsável por uma concorrência desleal das organizações de trabalhadores livres, talvez tenha alguma validade até os princípios do século XIX; mas seria menos significativo em meados do mesmo, quando, além de um decréscimo da escravidão urbana e dos escravos de ganho, há um crescimento das associações mutualistas operárias, o que leva a crer no fortalecimento de uma identidade coletiva. Neste caso podemos observar que o período pré-1888 representa um processo formativo de classe, com reveses e acertos, em uma fenomenologia de formação de consciência que se dá permanentemente até o início do século XX, com a consolidação do movimento sindical²⁴.

Muitos autores consideram os escravos como uma classe, inclusive Marx, no Manifesto Comunista aponta classes antagônicas: como senhores e escravos, e em outros escritos esclarece que a definição de classe no capitalismo é diferente nas formações sociais prévias. Ao analisarmos o processo produtivo na escravidão urbana, podemos concluir que os escravos não constituíam propriamente uma classe. Temos principalmente na cidade do Rio de Janeiro, algumas heterogeneidades do trabalho escravo existindo entre os escravos de ganho, como: supervisores de negócios de seus senhores, caçadores, barbeiros e trabalhadores domésticos. Os estudos clássicos demonstram que a condição escrava era caracterizada pelo domínio que o senhor exerce sobre ele, mas, ainda que este domínio ocorre-se no período analisado, ele era mitigado pelas diversas formas em que o trabalho era exercido, com formas de poder e mando diferenciadas. Nesse contexto, havia várias classes de escravos, alguns com autonomia e outros sujeitos a um intenso sistema repressivo.

Podemos exemplificar este destoamento de uma classe específica escravista o “fato dos feitores e outros escravos “de elite” estarem ora do lado do sistema, ora liderando as revoltas contra ele (...). Este seria o atributo próprio, (...), da pequena burguesia, indecisa entre a aliança com a burguesia ou a solidariedade com o proletariado”²⁵ A ideia de que existia um movimento único escravista é controverso. As revoltas, em muitos casos, envolviam muitos segmentos da população, os escravos se associavam a forros e a homens

23 FLEXOR, Maria Helena. *Os ofícios mecânicos e o negro no espaço urbano de Salvador*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DO BARROCO IBERO-AMERICANO, 3., 2006, Ouro Preto. Anais...Ouro Preto: (CD ROM) 2006.

24 BATALHA, Cláudio H. M. “Sociedades e trabalhadores no Rio de Janeiro do século XIX: Algumas reflexões em torno da formação da classe operária”. In: *Cadernos AEL: Sociedades operárias e mutualismo*. Campinas: UNICAMP/IFCH, v.6, n.10/11, 1999, p. 62, 66.

25 ASSUNÇÃO M. R. A resistência escrava nas Américas: algumas considerações comparativas. *Libby*, D. C., & Furtado, J. F. *Trabalho livre, trabalho escravo: Brasil e Europa, séculos XVIII e XIX*. São Paulo: Annablume, 2006, pg. 353.

de cor livres nas muitas rebeliões, e eram acompanhados de pessoas conceituadas da sociedade local, com interesses acima do estritamente abolicionista. A maior rebelião escrava do país, a famosa ‘Revolta das Mares’, em Salvador em 1835, os libertos representavam apenas 38% dos insurretos presos, tendo a participação de muitos artesãos e comerciantes independentes, apresentando a constituição de aliança sociais e coerentes, quase sempre os escravos não estavam atuavam como uma classe coerente, mais se unindo a outras revoltas.²⁶ As construções de classe nesse contexto variavam conforme a sociedade escravista, a construção de uma participação cidadã, com a inclusão dos homens de cor livres foi um processo lento, complexo e contraditório, assim como sua participação na atividade produtiva manufatureira urbana, mas que apresentou uma formatação inclusiva em alguns casos, que seria a semente da participação coletiva dos trabalhadores na formação dos sindicatos no século seguinte.

A história operária é parte da história social e possuem características específicas em comum, como salienta o autor abaixo:

A história operária é um assunto multifacetado, embora os níveis de realidade ou de análise formem um todo: trabalhadores e movimentos, bases e líderes, os níveis sócio-econômico, político, cultural, ideológico e ‘histórico’ – tanto no sentido de operarem num contexto dado pelo passado, quanto no sentido de que mudam ao longo do tempo em determinadas maneiras específicas.²⁷

A classe trabalhadora em formação no Rio de Janeiro ao longo do século XIX, não poderia ser dissociada da experiência de vida e trabalho e do espaço de luta, no qual surge uma nova consciência de classe, com forças sociais antagônicas, que opunham senhores e escravos, mas com um espaço de emancipação dentro do contexto urbano. No início do século XIX o Rio de Janeiro teve uma importância político-administrativa como sede do poder central, tal crescimento econômico ocorreu principalmente em função da autonomia comercial em relação à metrópole, que possibilitou o surgimento de grandes fortunas: como atacadistas, importadores e exportadores, e em especial traficantes de escravos, com uma acumulação significativa de capital, mesmo antes da chegada da família real.

Há extrema dificuldade na composição da força de trabalho em 1821, a população total da cidade do Rio de Janeiro era de 112695 habitantes, sendo 55090 escravizados e 57605 livres. Em 1872, o número de escravizados cai para a casa de 48939, enquanto a

26 ASSUNÇÃO M. R. A resistência escrava nas Américas: algumas considerações comparativas. *Libby, D. C., & Furtado, J. F. Trabalho livre, trabalho escravo: Brasil e Europa, séculos XVIII e XIX.* São Paulo: Annablume, 2006, pg. 354.

27 HOBSBAWM, Eric. *Mundos do trabalho.* Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987, p. 29-30.

população da cidade cresce para 274972, sendo 226033 habitantes livres²⁸. Nesta situação o papel da mão de obra escrava foi essencial na atividade produtiva e de serviços urbanos. Um dos fatores significativos para tal alteração foi o peso do tráfico de africanos na formação da força de trabalho urbano.

Mal chegados, os negros logo assimilavam o que lhes ensinava. Transformando-se em ferreiros, carapinas, marceneiros, caldeiros, oleiros, alambiqueiros, e até mesmo em estres de açúcar, sabendo o cozimento do mel, o “ponto” do caldo, a purga do açúcar. (...) Distribuído por várias atividades, carregador, doceiro, cozinheiro, alfaiate, sapateiro, ia ganhar para o dono a remuneração paga pelos seus serviços. Havia também os que se obrigavam a uma contribuição diária ou semanal fixa para o senhor. O que excedesse seriam deles. Eram as sobras com que iriam comprar, mais tarde a alforria.²⁹

As proibições ao tráfico na primeira metade do século XIX, culminando com a efetiva vedação em 1850 levaram a um aumento significativo no preço dos escravos, o que acabou por culminar com a venda de cativos para a zona cafeeira, sendo os espaços laborais deixados, ocupados por homens livres. É evidente que o mercado de trabalho assalariado não é como o conhecemos na atualidade, havia uma demanda reprimida através da escravidão urbana, principalmente nos escravos de ganho, que eram treinados em ofícios especializados ou não, sendo oferecidos pelos seus senhores para o aluguel, ou ainda, o próprio escravo buscava serviços ocasionais pela cidade, em troca de uma remuneração monetária, cabendo ao escravo repassar ao senhor diária ou semanalmente uma determinada quantia. Estavam inseridos em relações monetárias apesar de serem propriedades de outro³⁰. O que Ciro Cardoso chama de “brecha assalariada” na economia escravista urbana, e demonstra a complexidade desse modelo escravista e a proximidade entre o trabalho livre e escravo no meio urbano, como verificamos abaixo:

Eram trabalhadores formalmente assalariados na relação que mantinham com os indivíduos que requisitavam os seus serviços, recebendo um salário que lhes garantia a sobrevivência e, em alguns casos, a formação de um pecúlio que lhes possibilitava a compra de sua alforria. Entretanto, o reverso da medalha manifestava-se, pois, como escravos, eles mantinham uma relação ‘coisificada’ de propriedade, com os seus senhores sendo obrigados a lhes entregar uma quantia diária ou semanal, previamente fixada com base no seu nível de propriedade, com os seus senhores sendo

28 SOARES, Luiz Carlos. *O ‘povo de Cam’ na capital do Brasil: a escravidão urbana no Rio de Janeiro do século XIX*. Rio de Janeiro: Faperj; Letras. 2007, p. 40

29 VIANA FILHO, Luis. *O Negro da Bahia*. Rio: Jose Olimpio, 1946, p. 255.

30 MATTOS, Marcelo B. *Escravidão e livres: experiências comuns na formação da classe trabalhadora carioca*. Rio de Janeiro: Bom Tempo, 2008, p. 40-43.

obrigados a lhes entregar uma quantia diária ou semanal, previamente fixada com base no seu nível de especialização profissional, na sua força, capacidade e destreza, e também nas condições do mercado desse tipo de força de trabalho.³¹

No século XIX era marcante a presença dos escravos de ganho, esses desenvolviam trabalhos variados, tais como: comércio ambulante, transporte de cargas, serviços diversos, transportes de pessoas, despejos de dejetos etc. Havia também os operários, os marheiros, os quitandeiros de loja, os barbeiros, os cirurgiões que trabalhavam sob o regime de ganho. Os escravos de ganho eram obrigados por seus senhores a desenvolver tais atividades e a pagar quinzenalmente ou mensalmente uma determinada quantia, quantia esta que, muitas vezes, garantiam o sustento dos senhores e suas famílias. Podem-se dividir as atividades desenvolvidas pelos escravos de ganho em dois grupos: de rua e de ofício. A categoria de rua era composta de práticas já citadas, tais como comércio, transporte de cargas e pessoas e as de ofício, em pequenos estabelecimentos manufatureiros e nas indústrias. Vale destacar que a mendicância e a prostituição também eram atividades dos cativos de ganho, porém a prostituição de cativas era proibida, mas tal prática era rentável para os senhores e frequentemente utilizada.³²

Os escravos de ganho desenvolviam atividades que iam desde o comércio ambulante, até mesmo, o transporte de pessoas nos seus ombros, nos dias chuvosos, bem como, o trabalho dos ‘tigres’, que carregavam barris em suas cabeças, com dejetos das residências onde laboravam, que eram a noite atirados ao mar e que eventualmente escorriam sobre suas costas, daí a denominação. A maioria deles eram mandados à rua para entregar ao seu senhor uma determinada quantia previamente estabelecida, cujo excesso pertenceria ao escravo, e podia inclusive proporcionar sua alforria. Essa quantia podia também ser estabelecida semanalmente ou mensalmente. Essa relação subordinada podia proporcionar castigos, caso as metas estabelecidas não fosse cumpridas. Com as devidas proporções, esta relação tinha semelhanças a relação de emprego que seria estabelecida no século seguinte, com requisitos como subordinação, onerosidade, pessoalidade e habitualidade na prestação de serviço, com certo grau de liberdade do escravo, de modo, a inclusive, adquirir proventos para conseguir sua liberdade.

Com exceção dos escravos exclusivamente domésticos, praticamente todos os demais deslocavam-se constantemente pela cidade em função das atividades que desempenhavam, passando grande parte do dia distantes do controle efetivo de seus senhores e senhoras. **Eram por assim dizer “donos” de seu próprio tempo.** Essa mobilidade física dos escravos pro-

31 SOARES, Luiz Carlos. *Os escravos de ganho no Rio de Janeiro do século XIX*. Revista Brasileira de História n. 16. São Paulo, ANPUH/Marco Zero, 1988, p.110.

32 Ibid

piciava também a ampliação de seu mundo social. Neste constante ir e vir de casa ao trabalho, relacionavam-se com indivíduos de vários grupos sociais e de diferentes raças. Estreitavam-se seus laços efetivos com outros escravos, libertos ou livres. Mas, o auge dessa suposta “independência” parecia ser conferida por uma forma de trabalho escravo, ao que tudo indica, exclusiva do ambiente urbano, o sistema de ganho.(grifos nossos)³³

Os escravos também tiveram papel fundamental na luta por melhores condições de trabalho, através de movimentos grevistas, podemos citar a paralisação da Ponta D’Areia, em 1857, em que a reivindicação parece ter sido a suspensão dos castigos corporais, também a dos escravos de ganho em Salvador em junho de 1857, que paralisaram a capital baiana durante uma semana, em protesto contra a instituição de uma taxa de matrícula para cada ganhador, bem como obrigava ao uso de chapa com o número de matrícula do trabalhador(sendo escravo ou livre), sendo o movimento vitorioso e acabando com fim da greve e da obrigatoriedade do uso da chapa³⁴. No Rio de Janeiro podemos citar uma luta coletiva dos escravos de ganho em 1872, reivindicando o aumento do valor recebido para o transporte de carne-seca dos navios para a terra. Os empregadores tentaram acabar com o movimento paradista contratando trabalhadores brancos, o que gerou conflito físico contra os fura-greves, que acabou com a detenção de treze negros e cinco brancos³⁵. Outro caso, seria a da fábrica de velas e sabão na Gamboa, em 6 de setembro de 1854, em função de um descontentamento diante da ameaça da venda dos escravos, que gerou 30 prisões.³⁶

Ademais, em 1846 podemos verificamos que havia a presença maciça de trabalhadores cativos em uma série de estabelecimentos industriais. No estabelecimento litográfico de Heaton&Rensburg, todos os impressores eram escravos africanos. Em uma oficina de cobre eram empregados 15 trabalhadores escravos, incluindo o feitor, enquanto em uma outra do mesmo ramo, 20 escravos eram empregados, não se encontrando ali nenhuma pessoa branca a não ser a dos escriturários. Também em uma oficina de ferradura e sapatos que era comandada por um capuchinho, encontravam-se escravos trabalhando, podendo citar uma pedreira de Botafogo, que empregava mais de 200 escravos, e a existência de cativos produzindo cal de conchas coletadas no mar, nas ilhas da baía próximas da cidade.³⁷

33 ALGRANTI, Leila M. Os ofícios urbanos e os escravos de ganho no Rio de Janeiro Colonial.(18098-1822) In: SZMRECSÁNYI, T(org.). *História Econômica do Período Colonial*. 2. ed. São Paulo: EDUSP, 2002, p. 200.

34 REIS, João José. De olho no canto: trabalho de rua na Bahia na véspera da abolição. *Revista Afro-Ásia*, Salvador, n. 24, 2000.

35 CRUZ, Maria Cecília Velasco e. Tradições Negras na Formação de um Sindicato: Sociedade de Resistência dos Trabalhadores em Trapiche e Café, Rio de Janeiro, 1905-1930. *Revista Afro-Ásia*, Salvador, n. 24, 2000, p. 268.

36 GOMES, Flávio dos Santos. Quilombos do Rio de Janeiro do século XIX. In: Gomes, Flavio e Reis, João José(orgs). *Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil*. São Paulo, Companhia das Letras, 1997, p. 66.

37 SOARES, Luiz Carlos. *O ‘povo de Cam’ na capital do Brasil: a escravidão urbana no Rio de Janeiro do século XIX*. Rio de Janeiro: Faperj; Letras. 2007, pg. 152.

Tais exemplos demonstram a interação social dos escravos com seus companheiros livres no ambiente de trabalho e uma relação de laços de solidariedade e participação coletiva na formação de um ideário de ‘classe’ trabalhista, que se consolidaria no século seguinte com os movimentos sindicais.

Os senhores muita das vezes pagavam para o ensino de ofício mecânico para seus escravos, de modo que pudessem oferecer seus serviços aos proprietários de oficinas, aos quais, os lucros auferidos, seriam revertidos aos seus proprietários. Ressalta-se que “o emprego de escravos em oficinas artesanais e manufaturas pressupunha que eles tivessem que conhecer razoavelmente os segredos dos ofícios mecânicos, principalmente naquelas primeiras, pois no processo artesanal cada trabalhador era responsável pela realização de todas as etapas necessárias à confecção de um determinado produto”.³⁸ Tal situação alterava um paradigma vigente a época, de que os escravos eram ignorantes e trabalhavam de má vontade, tendo uma baixa rentabilidade, pois em todos os ramos da atividade industrial existiam escravos trabalhando lado a lado com trabalhadores livres, demonstrando habilidade e perícia, sem a visão preconceituosa anteriormente exposta.

Até 1840 houve contratação de mão de obra, predominantemente entre os trabalhadores escravos, como foi o caso de José Vieira Sarmiento, que empregava 11 cativos, 9 deles alugados de terceiros, em sua fábrica de pente de tartaruga. Na Real Fábrica de Fiação de Algodão teve a contratação de 10 escravos no seu período de existência entre 1815 e 1818. Também conforme o grau de especialização havia a contratação de imigrantes portugueses como foi o caso da manufatura chapeleira de José Wamosy, que em 1835 contratava, entre livres e escravos, 40 operários. Ressalta-se que um dos motivos da predominância do trabalho escravo nas manufaturas industriais, ocorre, em grande parte, pela aversão da população brasileira de qualquer tipo de trabalho manual ou mecânico, “aversão essa originada nos próprios condicionamentos ideológicos da secular sociedade escravista, que criaram a ideia do trabalho como “coisa de negro cativo”³⁹. Até mesmo as ferramentas de alguns mestres de ofício, quando era necessário caminhar pela rua, contratavam escravos de ganho para leva-las, demonstrando um estigma social quanto a exercer qualquer trabalho manual, por menor que fosse⁴⁰.

Nesse contexto de escassez de mão de obra livre no trabalho industrial e mecânico possibilitou o surgimento de uma nova classe social, que compreendiam “pessoas que compravam escravos para o fim especial de instruí-los em n’alguma arte útil ou ofício,

38 SOARES, Luiz Carlos. *O ‘povo de Cam’ na capital do Brasil: a escravidão urbana no Rio de Janeiro do século XIX*. Rio de Janeiro: Faperj; Letras. 2007, pg. 147.

39 SOARES, Luiz Carlos. *O ‘povo de Cam’ na capital do Brasil: a escravidão urbana no Rio de Janeiro do século XIX*. Rio de Janeiro: Faperj; Letras. 2007, pg. 149.

40 LUCCOCK, John. *Notas sobre o Rio de Janeiro e partes meridionais do Brasil*. São Paulo: Edusp, 1975, p. 72-73.

vendendo em seguida por preço elevado, ou alugando seus talentos e trabalhos”. Existia uma questão de demanda na mão de obra especializada escrava. Após 1850, que adquirir escravos ficou excessivamente caro, os que tinham grande capacidade produtiva na manufatura industrial, eram permitidos por seus senhores que trabalhassem por conta própria, exigindo uma quantia diária ou semanal⁴¹.

A aprendizagem após o término das corporações de ofício ocorriam nos próprios estabelecimentos e manufaturas, onde os escravos aprendiam seus ofícios financiados por seus senhores. Este era a forma que os proprietários de indústria utilizavam para serem remunerados pelos conhecimentos técnicos fornecidos, esse método pode ser constatado através de anúncios no ‘Jornal do Commercio’ no Rio de Janeiro, que seguem:

Em 1832, um “atelier” de costura procurava por “uma crioula de 12 a 13 anos, que [quisesse] aprender a coser, a bordar, e outras muitas coisas pertencentes a costura”. Em 1843, “uma senhora francesa” encarregava-se de “ensinar a cozer a uma preta” na Rua de Santo Antonio, 21. Em 1850, uma fábrica de charutos da Rua do Cemitério, 29, na Saúde, além de procurar por “oficiais de charuteiro tanto livres como escravos”, também recebia “moleques para ensinar”.⁴²

Após abolição do tráfico negreiro africano de 1850, houve uma considerável diminuição no número de escravos de ganho na cidade. O trabalho do negro era substituído pelo trabalho de imigrantes portugueses. Apesar da redução do número, os escravos de ganho continuaram a exercer suas atividades até a abolição da escravatura. Partindo do recenseamento de 1872, podemos dividir o trabalho dos escravos em categorias. A primeira era os “criados e jornaleiros”, um total aproximado de 5.785 escravos (4.997 homens e 788 mulheres). Os “criados” eram escravos domésticos alugados a terceiros, não escravos de ganho. Já os “jornaleiros”, de “jornal” (salário), seriam os cativos de ganho. Não temos dados precisos para saber o quantitativo de “jornaleiros”. Uma segunda categoria era dos “marítimos” (marinheiros, remadores e barqueiros), que eram escravos de ganho, em um total de 527 homens. Os pescadores era a terceira categoria de escravos de ganho, com um total de 174 homens. O recenseamento organizado em 1872 revela que 2.135 escravos de ganho, de sexo masculino, trabalhavam nas indústrias de madeira, metais, edificações, pavimentação, vestuário, calçados, chapéus, couros e peles. Também existiam as “costureiras” (1.384 mulheres cativas), os “artistas” (trabalhadores das oficinas artesanais) e os cativos que eram 497 (494 homens e 3 mulheres).⁴³

41 COARACY, Vivaldo. Memórias da Cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: José Olympio, 1995, pg. 464.

42 SOARES, Luiz Carlos. *O ‘povo de Cam’ na capital do Brasil: a escravidão urbana no Rio de Janeiro do século XIX*. Rio de Janeiro: Faperj; Letras. 2007, pg. 151.

43 Ibid

Por volta de 1850 se manifestou a tendência de substituição dos escravos de ganho pelos trabalhadores livres imigrantes. Esses trabalhadores provavelmente rejeitavam atividades que os nivelavam com os cativos, por isso a maior parte dos escravos de ganho foi empregada para o transporte de carga. Tal atividade era vital para a sociedade da época, pois um homem branco não carregava pacotes, pois isso era considerado desprezível. O trabalho dos escravos de ganho não se limitava ao transporte de carga e ao comércio, como já mencionado, tínhamos também os barbeiros ambulantes, cocheiros e tocadores de realejo. Os barbeiros eram ambulantes e de lojas. Os de loja faziam serviços típicos de barbeiro, mas também eram exímios cirurgiões. Esses manejavam o bisturi, faziam aplicações de sanguessugas, arrancavam dentes, serviços esses prestados à população livre pobre e a escravos. Também existiam os babeiros-músicos, muito solicitados em festas religiosas. Os escravos de ganho também desenvolviam a atividade mais desprezível da época, os despejos de dejetos humanos. Esses eram denominados, como já citados, os tigres.

Os senhores de escravo de ganho eram profissionais liberais, políticos, oficiais militares, funcionários públicos, sacerdotes, grandes e pequenos comerciantes e até pescadores e alfaiates, porém, na grande maioria das vezes, os senhores não declaravam suas atividades, o que nos faz supor que muitos deles eram sustentados exclusivamente pelos escravos de ganho. Nesse contexto, com as devidas proporções e limitações conceituais os escravos de ganho eram trabalhadores assalariados que se sustentavam e em alguns casos conseguiam juntar algum dinheiro que lhes permitia comprar a própria liberdade. A vida de um escravo de ganho não era fácil. Os processos criminais são uma boa fonte para demonstrar os conflitos, assassinatos, enfim, um pouco da dura realidade que os cercava. Os seus senhores nunca lhe davam oportunidade de uma vida tranquila. Eram, muitas vezes, obrigados a recorrer até mesmo a meios desonestos e criminosos para obterem o dinheiro necessário a sua sobrevivência e ao pagamento dos seus senhores.⁴⁴

Nesta contradição do sistema econômico do escravo de ganho e o trabalhador livre, há situação de vantagens para os escravos que podiam aumentar sua autonomia e ainda poder contribuir para conseguir sua liberdade, mas o sistema escravista era dominante e principalmente os poderes que detinham seus senhores. Como já citado, mesmo entre homens livres não havia um típico mercado de trabalho como na atualidade, porque o preço da mão de obra sofria consequências da presença escrava no meio urbano, “podemos afirmar que, enquanto o peso da escravidão urbana foi elevado, a variação salarial dos trabalhadores livres não se pautava apenas pelos critérios clássicos de oferta e procura de mão de obra proletarizada.”⁴⁵

44 Ibid

45 MATTOS, Marcelo B. *Escravidãos e livres: experiências comuns na formação da classe trabalhadora carioca*. Rio de Janeiro: Bom Tempo, 2008, p. 46.

O trabalho dos livres e cativos lado a lado, compartilhando as mesmas ocupações e buscando os mesmos clientes levou a certas rivalidades. Mas, também proporcionou variadas formas de solidariedade, Karash comenta que os carregadores de café na zona portuária se organizavam para comprar a sua liberdade, “depois de fazer um sorteio para determinar quem seria libertado primeiro, trabalhavam pela liberdade de todos, permanecendo juntos até que todos fossem alforriados. O esforço do grupo era necessário para a sobrevivência”.⁴⁶

Há documentação comprobatória que os artesões buscavam participação política dos lugares que atuavam, com importância fundamental na configuração do tecido social e na atividade econômica na vida dos aglomerados urbanos e suas adjacências rurais. Este trabalho visa, conforme a visão de Edward P. Thompson que considera a classe como uma formação sócio histórica, vislumbrar essa coletividade de artífices como formadora das relações de trabalho, com impacto significativo nas manifestações das sociabilidades emergentes⁴⁷.

Nessa conjuntura do século XIX há necessidade de irmos além da dicotomia entre escravidão e liberdade, que nos tem sido apresentada como predominante no período imperial brasileiro, e nos defrontarmos a explorar os diferentes graus de liberdade e de participação das relações de trabalho no ‘locus’ urbano, que permeou este período e fortaleceu uma consciência de classe laboral, sendo base para a formação do ideário sindical do início do século XX. Por outro lado, ainda temos explorações nas condições do trabalho que se mantem até a atualidade, como no caso do Distrito Federal, a despeito do decreto n. 1313 de 1891 que proibia o trabalho infantil na industrial têxtil, havia crianças trabalhando com menos de 18 anos, inclusive como aprendizes em oficinas a fim de aprender um ofício, onde muitas vezes, tinham que exercer tarefas penosas e carregar objetos pesados, bem como, castigos físicos eram práticas correntes no local do trabalho e estavam associados também a aprendizagem, tanto na educação formal como profissional⁴⁸.

Neste processo de aprendizagem, mesmo depois do término das corporações de ofício e da abolição da escravatura, a qualificação era decisiva para definir uma mobilidade geográfica e social, principalmente em busca de melhores salários o que não ocorria com os desqualificados. A necessidade de uma aprendizagem profissional não terminou com a visão liberal do século XIX, os empregadores necessitavam de empregar substitutos,

46 KARASCH, Mary. *A vida dos Escravos no Rio de Janeiro (1808 – 1850)*. (1a ed.: 1987; trad.port.) São Paulo, Cia. das Letras, 2000.

47 MENESES, J. *Artes Fabris e Ofícios Banais: o controle dos ofícios mecânicos pelas Câmaras de Lisboa e das Vilas de Minas Gerais(1750-1808)*. 1. ed. Belo Horizonte: Fino Traço, 2013, p. 26.

48 BATALHA, Claudio. Limites da liberdade: Trabalhadores, relações de trabalho e cidadania durante a primeira república. In: LIBBY, D. C., & FURTADO, J. F. *Trabalho livre, trabalho escravo*: Brasil e Europa, séculos XVIII e XIX. São Paulo: Annablume, 2006, pp. 100-101.

em ofícios que longos períodos de aprendizado eram necessários para formar um oficial artífice e o próprio Mestre. As pequenas oficinas, essenciais para o funcionamento da economia, não tinham poder de pressão de modo a usar a força policial para reprimir os trabalhadores, daí negociavam melhores salários, regularidade e estabilidade no emprego, condições de moradia, proteção legal e saúde, demonstrando a importância da qualificação através da aprendizagem, inclusive para a mobilidade social.⁴⁹

A aprendizagem na segunda metade dos setecentos e nos primeiros anos do século XIX proporcionou um saber prático eficiente, capaz de responder as necessidades de uma sociedade que se fundava em uma recente economia diversificada com um mercado nascente, já complexo e dinâmico. Estabelece-se a percepção dentro desse espaço histórico, como reflexo do contexto colonial do império português, no qual o papel do trabalhador mecânico repercute no seu grupo social e acarreta uma ordem corporativa que forma uma teia com desdobramentos políticos e sociais.

Ademais, há significativa influência oitocentista do império português na aprendizagem moderna, perante o ordenamento jurídico brasileiro. Com o advento da Lei n. 10097, de 19.12.2000, que versa sobre o novo contrato de aprendizagem, alterou-se toda a sistemática do mesmo, absorvendo regras sobre aprendizagem profissional do menor, que antes eram tratadas por institutos jurídicos diferentes, compatibilizando, assim, normas do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição Federal Brasileira. Essa nova formatação previu a formação técnico-profissional caracterizando atividades teóricas e práticas, desenvolvidas metodologicamente e em tarefas de complexidade progressiva com incremento no ambiente de trabalho.

Com a regulamentação do decreto de nº 5.598, de 1º de dezembro de 2005, tais diretrizes foram mantidas e ampliadas levando a idade máxima para vinte e quatro anos, e a partir daí o programa se transformou em um processo intenso de inserção social. Nesta data havia 50 mil aprendizes no mercado de trabalho; e, em 2013, esse número já atingiu 340 mil aprendizes, conforme dados da coordenação de aprendizagem do Ministério do Trabalho e Emprego.

Atendendo a Recomendação nº 117 da OIT, de 1962, que “a formação não é um fim em si mesma, senão meio de desenvolver as aptidões profissionais de uma pessoa, levando em consideração as possibilidades de emprego e visando ainda a permitir-lhe fazer uso de suas potencialidades como melhor convenha a seus interesses e aos da comunidade”, o programa de aprendizagem brasileiro não se apresenta como um instituto novo, mas desde a época oitocentista vem se caracterizando como palco de relações laborais que

49 BATALHA, Claudio. Limites da liberdade: Trabalhadores, relações de trabalho e cidadania durante a primeira república. In: LIBBY, D. C., & FURTADO, J. F. *Trabalho livre, trabalho escravo*: Brasil e Europa, séculos XVIII e XIX. São Paulo: Annablume, 2006, pg. 103.

representam uma força simbólica de concretização da participação dos trabalhadores e de sua inserção com maior dignidade no mundo do trabalho.

3. Conclusões

As corporações de ofício no Brasil não se formaram de maneira idêntica às congêneres ibéricas, mas tiveram papel primordial na formação do trabalho dos ofícios mecânicos. Com o avanço das ideias liberais vindas da Europa e do fortalecimento do livre comércio, o controle sobre a produção, distribuição e controle de preços pelas corporações de ofício acabaram por perder seu fôlego e culminaram no seu término decretado na Constituição de 1824, deixando marcas significativas na falta de formação de seus mestres.

Neste processo de representação as irmandades religiosas continuariam com a função assistencialista que cabia às corporações de ofício, mas sem o aspecto hierárquico e as condições rígidas de admissão para o ofício, exercendo um papel fiscalizatório das atividades manufatureiras e defendendo a atuação dos aprendizes e oficiais que eram ligados à irmandade, em detrimento dos outros sem qualificação adequada.

O papel das corporações de ofício já não dava conta do mundo do trabalho em meados do século XIX, mas, o papel do artesão ainda se fazia presente, e após extinção das corporações, houve um processo de democratização nas sociedades operárias, com a junção dos mestres, dos oficiais e até dos aprendizes numa mesma associação, em um processo de democratização e representação na vida associativa. O artesão em meio a uma sociedade extremamente estamentada, gozava de prestígio junto às camadas populares, e era uma das poucas chances de mobilidade social para mão de obra carente e escrava. Seu papel foi de certa forma continuado através das irmandades religiosas e das associações que desenvolveram uma estrutura garantidora da paz social e de harmonia política, em função de sua crença no cristianismo social, no liberalismo e no solidarismo entre os seus membros, valorizando conceitos importantes de religiosidade cristã, como a moral e ética na relação de trabalho e na busca da execução de serviços com qualidade e respeito ao comprador. Foi o embrião do desenvolvimento sindical, permitindo a transição para uma nova sociedade reestruturada pela revolução industrial, que alterou o mundo do trabalho e a produção, em vários aspectos de experimentação social.

Os escravos também participaram das atividades dos ofícios mecânicos, exercendo o artesanato ou o próprio comércio ambulante, como forma de angariar fundos para seu senhor, como escravo de ganho. Sua atividade era efetuada na rua, onde era exigida uma prestação de contas a seu senhor, em função de uma determinada quantia previamente estabelecida, cujo excesso pertenceria ao escravo, tal relação proporcionava certo grau de autonomia ao escravo, com controle de seu tempo e produção, de modo, a inclusive, adquirir proventos para conseguir sua liberdade.

O aumento da produção em 1828 fez conviver em um Rio de Janeiro urbano, tanto os artífices ingleses, franceses, italianos e alemães com seus rivais brancos, escravos, alforriados, mestres, aprendizes e oficiais, todos sem o controle rígido das corporações já extintas. É evidente que ocorreram conflitos entre classes tão divergentes, principalmente em decorrência da concorrência desleal dos escravos em relação às organizações de trabalhadores livres, mas, também proporcionou variadas formas de solidariedade, e estas diferenças seriam menos significativas em meados do século XIX, quando, além do decréscimo da escravidão urbana e dos escravos de ganho, há um crescimento das associações mutualistas operárias, o que leva a crer no fortalecimento de uma identidade coletiva, que culminaria em um processo fenomenológico de formação de consciência, que no início do século XX consolidaria o movimento sindical.

O processo de aprendizagem, mesmo depois do término das corporações de ofício e da abolição da escravatura, teve importância fundamental na mobilidade geográfica e social. Em uma sociedade estamentada, sem condições de acesso a educação ou a cargos públicos, em que se dependia de conhecimento político para ascende-los, aprender um ofício era oportunidade única para a população carente ou escrava.

Nesse contexto a aprendizagem moderna procura cumprir seu papel de inclusão social a partir da exigência legal do cumprimento de cotas nas empresas de maneira compulsória. A Lei n. 10097, de 19.12.2000, regulamentada pelo decreto de nº 5.598, de 1º de dezembro de 2005, aumentou consideravelmente a inserção de jovens no mercado de trabalho, muitas vezes de comunidades carentes, que mantem o caráter insertivo dos jovens sem oportunidades de emprego e que tem nesta oportunidade quebrar o determinismo que sua situação social o colocou, proporcionando trabalho digno e a esperança de um futuro melhor.

4. Referências

- ALGRANTI, Leila M. Os ofícios urbanos e os escravos de ganho no Rio de Janeiro Colonial.(18098-1822) In: SZMRECSÁNYI, T(org.). *História Econômica do Período Colonial*. 2. ed. São Paulo: EDUSP, 2002.
- ASSUNÇÃO M. R. *A resistência escrava nas Américas: algumas considerações comparativas*. Libby, D. C., & Furtado, J. F. Trabalho livre, trabalho escravo: Brasil e Europa, séculos XVIII e XIX. São Paulo: Annablume, 2006.
- BATALHA, Cláudio H. M. Sociedades e trabalhadores no Rio de Janeiro do século XIX: Algumas reflexões em torno da formação da classe operária. In: *Cadernos AEL: Sociedades operárias e mutualismo*. Campinas: UNICAMP/IFCH, v.6, n.10/11, 1999.

- _____. Limites da liberdade: Trabalhadores, relações de trabalho e cidadania durante a primeira república. In: LIBBY, D. C., & FURTADO, J. F. *Trabalho livre, trabalho escravo: Brasil e Europa, séculos XVIII e XIX*. São Paulo: Annablume, 2006.
- BONFIM CASSAR, Vólia. *Direito do Trabalho*. Niterói: Impetus, 2014.
- BOSCHI, Caio César. *Os leigos e o poder: irmandades leigas e política colonizadora em Minas Gerais*. São Paulo: Ática, 1986.
- BOXER, C. R. *O império marítimo português: 1415- 1825*. Lisboa: Ed. 70, 2012.
- CUNHA, Luiz Antônio. *O ensino de ofícios artesanais e manufactureiros no Brasil escravocrata*. 2ª ed. São Paulo: UNESP; Brasília, DF: FLACSO, 2005.
- CRUZ, Maria Cecília Velasco e. Tradições Negras na Formação de um Sindicato: Sociedade de Resistência dos Trabalhadores em Trapiche e Café, Rio de Janeiro, 1905-1930. *Revista Afro-Ásia*, Salvador, n. 24, 2000.
- DELGADO, Mauricio Godim. *Curso de direito do trabalho*. Ltr, 2014.
- FARIAS, Mônica Ferreira de. *Aprendizes do ofício: profissionalização e reprodução familiar*. Dissertação de mestrado em Sociologia. Rio de Janeiro: UFRJ/IFCS/Departamento de Sociologia, 1997.
- FAZENDA, José Vieira. Antiquilhas e memórias do Rio de Janeiro, As bandeiras dos ofícios. *Revista do IHGB*, t. 86, v. 140.
- FILHO, Adolfo Morales de Los Rios. *O Rio de Janeiro imperial*. 2a ed. Rio de Janeiro: Topbooks/UNIVER CIDADE, 2000.
- FLEXOR, Maria Helena. *Os ofícios mecânicos e o negro no espaço urbano de Salvador*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DO BARROCO IBERO-AMERICANO, 2006, Ouro Preto. Anais. Ouro Preto: (CD ROM), 2006.
- GOMES, Flávio dos Santos. Quilombos do Rio de Janeiro do século XIX. In: Gomes, Flavio e Reis, João José (orgs). *Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil*. São Paulo, Companhia das Letras, 1997.
- GONÇALVES, Lopes. As corporações e as bandeiras de ofícios. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, vol. 206, janeiro-março. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1952.
- HOBBSAWN, Eric. *Mundos do trabalho: novos estudos sobre a história operária*. 3a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- _____. *Os trabalhadores: estudos sobre a história do operariado*. 2a ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- _____. et alii. *Capitalismo transição*. Rio de Janeiro: Eldorado, 1974.

- HOLANDA, Sérgio Buarque de (org.). A herança colonial – sua desagregação. In: *História geral da civilização brasileira*, tomo II, vol.1, 5a ed. São Paulo: DIFEL, 1982.
- _____. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- KARASCH, Mary. *A vida dos escravos no Rio de Janeiro: 1808-1850*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- LE GOFF, Jacques. *Mercadores e banqueiros na Idade Média*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- _____. *Os Intelectuais na Idade Média*. Lisboa: Gradiva, 1983.
- LEITE, Serafim. *Artes e ofícios dos jesuítas no Brasil (1549-1760)*. Lisboa, Rio de Janeiro: Brotéria, Livros de Portugal, 1953.
- LIMA, Heitor Ferreira. *Formação industrial do Brasil: período colonial*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura: 1961.
- _____. *História do pensamento econômico no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Nacional, 1978. (Brasiliana; v. 360).
- LOPEZ, Robert S. *A revolução comercial da Idade Média 950-1350*. Lisboa: Presença, 1976.
- MANRICH, Nelson. *Inspeção do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1991.
- MARTINS, Mônica de Souza Nunes. *Entre a cruz e o capital: as corporações de ofícios após a chegada da família real (1808-1824)*. Rio de Janeiro: Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro/Garamond, 2008.
- MATTOS, Marcelo B. *Escravidados e livres: experiências comuns na formação da classe trabalhadora carioca*. Rio de Janeiro: Bom Tempo, 2008.
- MENESES, J. *Artes Fabris e Ofícios Banais: o controle dos ofícios mecânicos pelas Câmaras de Lisboa e das Vilas de Minas Gerais (1750-1808)*, 1. ed. Belo Horizonte: Fino Traço, 2001.
- MORAES, Evaristo. *Apostamentos de direito operário*. São Paulo: LTr, 1971.
- REIS, João José. De olho no canto: trabalho de rua no Bahia na véspera da abolição. *Revista Afro-Ásia*, Salvador, n. 24, 2000.
- RÉMOND, R. *Por uma história política*. 2º Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.
- ROCHA, Antonio Penalves (org.). *José da Silva Lisboa, visconde de Cairu*. São Paulo: 34, 2001.
- RODRIGUES, José Albertino. *Sindicato e Desenvolvimento no Brasil*. São Paulo: Símbolo, 1979.

- ROTHSCHILD, Emma. *Sentimentos econômicos: Adam Smith, Condorcet e o Iluminismo*. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- RUSSELL-WOOD, A.J.R. *Escravos e libertos no Brasil colonial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- RUSSOMANO, Mozart. *O empregado e o empregador no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SACARANO, Julita. *Devoção e escravidão: a Irmandade de Nossa Senhora do Rosário dos Pretos no Distrito Diamantino no século XVIII*. 2ª ed. São Paulo: Cia Nacional, 1978, v. 357.
- SENNET, Richard. *O artífice*. São Paulo: Record, 2009.
- SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkein, 1993, vol. I.
- SOARES, Luiz Carlos. Os escravos de ganho no Rio de Janeiro do século XIX. *Revista Brasileira de História*, n. 16. São Paulo: ANPUH/Marco Zero, 1988.
- _____. *O 'povo de Cam' na capital do Brasil: a escravidão urbana no Rio de Janeiro do século XIX*. Rio de Janeiro: Faperj; Letras. 2007.
- THOMPSON, E.P. *Formação da Classe Operária Inglesa*. 3 vols. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- VIANA FILHO, Luis. *O Negro da Bahia*. Rio: Jose Olimpio, 1946.

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE 14 DE ABRIL DE 2008 – RTC/2008/56

MARIA DO SOCORRO ALMEIDA DE SOUSA

Doctoranda en Derechos Humanos (Programa de Doctorado “Pasado y presente de los Derechos Humanos, de la Universidad de Salamanca. Máster en Ciências Jurídicas por la Universidad de Lisboa (Derecho Laboral); experta en Derecho Judicial por la *Escola Superior de Magistratura do Estado do Piauí* (Brasil); Jueza laboral (*Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região*, Brasil). Dirección electrónica: socorroalmeidapi@uol.com.br

CÁSSIUS GUIMARÃES CHAI

Profesor Adjunto de la *Universidade Federal do Maranhão*, Brasil (Derecho Público, graduación y máster en Derecho y Sistemas de Justicia). Miembro de la Sociedad Europea de Derecho Internacional y de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Miembro del Ministério Público de la Provincia de *Maranhão* (Brasil)”. Coordinador Académico Internacional de *Global Mediation Rio*. Dirección electrónica: cassiuschai@hotmail.com

Resumo

O trabalho é um valor essencial na sociedade ocidental atual, daí advém a importância de sua regulação pelo Direito. Sem embargo, a condição de trabalhador de que seja titular uma pessoa não a destitui de sua condição de cidadão, que precede aquela primeiramente referida. Assim é que, em caso de colisão de normas desta natureza, ainda que, numa primeira aproximação, não tenham caráter laboral, é necessário demarcar o alcance de cada uma delas. Ao longo deste texto se analisa sentença proferida pelo Tribunal Constitucional de Espanha que aborda a temática a partir do confronto entre a liberdade de expressão de pensamentos, ideias e opiniões e o direito à honra (Sentença nº 56/2008), identificando os guias conductores da posição jurisprudencial e comprendendo-lhe as razões, a partir de ensinamentos doutrinários correlatos, a final se formulado um juízo de valor acerca da decisão judicial analisada.

Palavras-chave

Liberdade de expressão; Direito à honra; Direitos laborais.

Resumen

El trabajo es un valor esencial en la sociedad occidental actual, de ahí adviene la importancia de su regulación por el Derecho. Sin embargo, la condición de trabajador de que sea titular una persona no la destituye de su condición de ciudadano, que precede aquella primeramente referida. Así es que, en caso de colisión de normas de esta naturaleza, aún que, en una primera aproximación, no tengan carácter laboral, es necesario demarcar el alcance de cada una de ellas. Al largo de este texto se analiza sentencia proferida por el Tribunal Constitucional de España que aborda la temática desde el confronto entre la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones y el derecho al honor (Sentencia nº 56/2008), identificando las guías conductoras de la posición jurisprudencial y comprendiéndole las razones, a partir de aportaciones doctrinales, a final se formulando un juicio de valor acerca de la decisión judicial analizada.

Palabras clave

Libertad de expresión; Derecho al honor; Derechos laborales.

1. Introducción

Las especiales circunstancias que envuelven el ejercicio del trabajo, reclamaron la **autonomización** del Derecho del Trabajo.

En conjunción con eso, es cierta la afirmación de que los mismo derechos que en una primera aproximación no tienen por objetivo la protección de un bien o interés de naturaleza específicamente laboral, pueden encontrar ejercicio en el ámbito de las relaciones laborales, caso en que los principios que rigen el Derecho del Trabajo deberán ser considerados para la correcta interpretación y aplicación de la norma respectiva, por imperativo que adviene de su autonomía .

A través de este estudio se analizará el ejercicio, en el dominio de las relaciones laborales, del derecho fundamental a la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones, que está reconocido no art. 20.1, a, de la Constitución Española de 1978, no que se hará atribuyéndose énfasis a las limitaciones sufridas por este derecho fundamental en virtud del ejercicio, por otro sujeto de derecho, del derecho fundamental al honor. El estudio será realizado a través del análisis para el que de los argumentos planteados en la Sentencia n.º 56/2008, proferida por el Tribunal Constitucional en 14 de abril (ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2015).

De comienzo, será hecho un abordaje sobre la temática de los derechos fundamentales y de su aplicación en el ámbito de las relaciones laborales.

En seguida, serán abordadas cuestiones relativas al tratamiento concedido pela Constitución Española de 1978 al derecho a la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones.

En continuación, serán analizadas las soluciones albergadas por el sistema jurídico español en caso de conflicto del derecho a la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones con el derecho al honor, teniendo en mira las modulaciones provenientes del contrato de trabajo, para lo que no hay olvidarse su especial regulación.

Finalmente, se comentarán las soluciones asumidas por el Tribunal Constitucional para la hipótesis sometida a su apreciación en el curso del proceso judicial en que fue proferida la Sentencia 56/2008, de 14 de abril, concentrándose en aquellas vinculadas al derecho material, desde ahora es esclareciendo que no serán objeto de análisis las cuestiones de contenido procesal que se haya planteado en su contenido.

2. Antecedentes de Hecho

La Sentencia 56/2008, de 14 de abril (ESPANHA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2015), que se analiza en este trabajo, proviene de recurso de amparo que respecta a dos sentencias, una proferida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sentencia n.º 453-2004, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en 05-07-2004) en sede de recurso de suplicación formalizado contra a otra sentencia recurrida en amparo, esta dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Santa Cruz de Tenerife (Sentencia n.º 777-2003, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Santa Cruz de Tenerife en 02-03-04, recurrida en amparo).

Las dos sentencias declararon la procedencia del despido del recurrente en amparo (que las entiende ofensivas a su derecho a la libertad de expresión) y se asentaron en los hechos siguientes: la empresa recurrida impuso al recurrente sanción administrativa de suspensión de empleo y sueldo, en virtud de divulgación de mensajes escritos, entendidos como insultos y amenazas en contra compañeros de trabajo; el trabajador interpuso acción judicial y en su curso el empleador retiró la sanción y el trabajador reconoció la autoría de los mensajes, declaró no haber tenido la intención de ofender o perjudicar nadie y se comprometió a evitar la utilización de términos ofensivos en contra compañeros de trabajo y mandos; en el día siguiente a la conciliación, el trabajador divulgó en la empresa otro mensaje escrito, en el que, homenajeando a compañeros de trabajo muertos en accidente laboral, utilizó las expresiones “murieron quemados como perros”, “murieron así por, entre otras causas, un gran compañerismo laboral, falta de reflejos” y “a pesar de encefalograma plano y bobalicón que está imperando aquí”, además de “aquel engendro sancionador”; la empresa, en desacuerdo con la opinión del Comité de Empresa, decidió por el despido disciplinar del obrero; discordando, el trabajador interpuso acción judicial

en el que postuló la nulidad del despido y, subsidiariamente, su improcedencia; la sentencia de primera instancia¹ decidió rechazar ambas las pretensiones del autor, entendiendo que hubo extrapolación de los límites de lo derecho a la libertad de expresión, con ejercicio de conducta injuriosa y ofensiva a la buena fe contractual, ya que los mensajes no homenajearon sus compañeros de trabajo y sí insultaron y humillaron sus memorias y sus familiares; los términos con que pretendió criticar a representación laboral son inadecuados; la expresión “engendro sancionador” refiere a la empresa y a los participantes del acto sancionador; no era comportable imposición de sanción más blanda porque el trabajador ya había sido punido antes, por motivaciones similares; el trabajador interpuso recurso de suplicación cuya sentencia² entiende que hubo reincidencia por parte del obrero, con ofensas a compañeros de trabajo ya fallecidos y a sus familiares, además de ofensas a los mandos, de allí resultando la ruptura de la buena fe contractual, hecho que reputó grave, por el que mantuvo la decisión recurrida; el proceso judicial se cerró con el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (Prov. 2006, 131526, de 10-01-2006), que declaró la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina; el trabajador interpuso recurso de amparo, postulando la nulidad de ambas las sentencias; la empresa apuntó la extemporaneidad del recurso de amparo, además de, cuanto al mérito, reiterar la corrección del acto de despido; el Ministerio Público pugnó por el otorgamiento del amparo.

3. Fundamentos Jurídicos

Apreciando el recurso de amparo, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional refirió que: la expresión libertad de pensamientos, ideas y opiniones, sin la pretensión de afirmar datos objetivos, sólo está delimitada por la ausencia de expresiones injuriosas, o no relacionadas con lo que se pretende expresar o desnecesarias a su exposición³; la libertad de expresión, no obstante no acoja el insulto, puede incluir crítica a la conducta de otro, aunque sea “desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquél contra quien se dirige⁴... pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática”⁵; el contrato de trabajo no destituye el trabajador

1 Sentencia n.º 777-2003, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Santa Cruz de Tenerife en 02-03-04, recurrida en amparo.

2 Sentencia n.º 453-2004, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en 05-07-2004, recurrida en amparo.

3 Sentencias SSTC: 105/1990, de 6 de junio [RTC 1990, 105], F. 4; 42/1995, de 13 de febrero [RTC 1995, 42], F. 2; 112/2000, de 5 de mayo [RTC 2000, 112], F. 6; 99/2002, de 6 de mayo [RTC 2002, 99], F. 5; 181/2006, de 19 de junio [RTC 2006, 181], F. 5; 9/2007, de 15 de enero [RTC 2007, 9], F. 4; y 139/2007, de 4 de junio de 2007 [RTC 2007, 139], F. 6.

4 Sentencias: SSTC 6/2000, de 17 de enero [RTC 2000, 6], F. 5; 49/2001, de 26 de febrero [RTC 2001, 49], F. 7; y 181/2006, de 19 de junio [RTC 2006, 181], F. 5.

5 Sentencias de SSTEDH: de 23 de abril de 1992 [TEDH 1992, 1], Castells c. España, § 42; y de 29 de febrero de 2000 [TEDH 2000, 90], Fuentes Bobo c. España, § 43.

de los derechos fundamentales que la Constitución Española de 1978 le otorga como ciudadano (porque la actividad empresarial está inserta en la sociedad y la libertad empresarial prevista en el art. 38 de la Constitución Española de 1978 no legitima el despojo de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen valor central en el sistema jurídico constitucional), pero sus términos demarcan las opiniones recíprocas y el derecho a la libertad de expresión respectivo, aunque estas confrontaciones sean débiles; el deber de lealtad que rige el contrato de trabajo no admite sometimiento absoluto del obrero a su empleador, porque eso es incompatible con el sistema constitucional de relaciones laborales, que proyectan núcleos esenciales de la dignidad de la persona humana (art. 10.1 de la Constitución Española de 1978), que es fundamento del Estado Democrático de Derecho (art. 1 de la Constitución Española de 1978); debe haber un equilibrio entre las obligaciones avenidas del contrato del trabajo y las libertades albergadas por la Constitución Española de 1978; esta modulación ocurrirá en la medida imprescindible al correcto y ordenado funcionamiento de la actividad productiva; el mensaje emitido por el recurrente no transgredió los límites del su derecho a la libertad de expresión, ya que, aludiendo a hechos no controvertidos, divulgó en ámbito interno de la empresa críticas y expuso juicios de valor dirigidos a patrones, representantes laborales y compañeros de trabajo usando expresiones necesarias a su propósito, vinculadas a las ideas y opiniones que expuso; siendo, el derecho a la libertad de expresión prevalente, su limitación sólo puede derivar de necesidad que resulte de la naturaleza del trabajo contratado o de una real necesidad del interés empresarial y en la especie no hay norma que imponga tales restricciones a este derecho del recurrente; todas las críticas dirigidas al empleador, que exhiben una situación de conflicto (que es inherente a un sistema democrático de relaciones de trabajo) aludían a aspectos laborales, siendo que de ellas no devino cualquier daño a los intereses patronales; desde el punto de vista semántico, ninguna de las expresiones es gravemente ofensiva o vejatoria; no hubo ofensa a los compañeros fallecidos o a sus familiares; no hay ofensa en la referencia a la falta de reflejo laboral, que sería admisible mismo que incluyera la idea de acusación o de denuncia; la expresión “encefalograma plano y bobalicón” también no contiene excesos, porque dirigida al Comité de Empresa, que incluso se opuso al despido del recurrente; mismo que así no hubiera sucedido, eso no justificaría el despido del recurrente, ya que sería relativa a la relación existente entre el trabajador y sus representantes, ajena al ámbito de actuación de la empresa; además, esta expresión puede estar relacionada con la actuación del Comité de Empresa cuanto al accidente ocurrido, caso en el que la cuestión se conectaría con el art. 18.1 de la Constitución Española de 1978; el ejercicio de representación laboral expone a juicios sociales que no suponen el juzgamiento personal del representante o su honorabilidad, lo que de hecho no ocurrió en caso bajo comentario; también no hay ofensa en la expresión “engendro sancionador” porque sólo manifiesta opinión sobre un acto disciplinario que el recurrente reputa mal concebido.

4. Derechos Fundamentales y Relaciones Laborales

El análisis de la sentencia referida reclama que se realice una aproximación doctrinal del tema bajo cuestión [el derecho a la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones, previsto en el art. 20, 1, “a”, de la Constitución Española de 1978, aludiendo a los conceptos de **derechos humanos** y de **derechos fundamentales**].

Se comprende por **derechos humanos** el elenco de derechos y de instituciones que, existiendo en dado momento histórico y visando al desarrollo de la personalidad humana, dan viabilidad a la dignidad, a la libertad y a la igualdad humanas, por lo que son, o deben ser, reconocidos por los ordenamientos jurídicos nacionales y internacionales. Los *derechos fundamentales*, por su vez, son los derechos humanos garantizados por los sistemas normativos nacionales en ciertos límites de tiempo y espacio, o las posiciones jurídicas titularizadas por las personas, que por su contenido y importancia fueron consagrados en el ordenamiento jurídico positivo, habiendo o no sido incluidas en la Constitución formal, y que muestran la concretización de la dignidad de la persona humana, garantizándole la libertad y la igualdad (PÉREZ LUÑO, 2007; CAUPERS, 1985; MIRANDA, 2000; e CANOTILHO, 2001).

La Constitución Española de 1978 consagra, en su Título I, una carta de derechos y deberes fundamentales, atribuyendo a las libertades y derechos reconocidos las garantías constantes en su art. 53, que les sirve de trazo distintivo, evidenciando el carácter fundamental de la norma en cuestión.

Este rol de derechos fundamentales consagra normas aplicables específicamente en ámbito de las relaciones laborales y

diseña ciertamente un *modelo* democrático de relaciones laborales, articulado sobre el reconocimiento de la libertad sindical como derecho fundamental y el juego pleno de la autonomía colectiva, que rompe decididamente con el sistema precedente, autoritario y heteroconfigurado desde el poder normativo del Estado. (PALOMEQUE LOPÉZ; ÁLVAREZ DE LA ROSA, 2008, p. 99)

Sin embargo, es cierto que además de estos derechos fundamentales estrictamente laborales, la actuación de las partes del contrato de trabajo deberá ocurrir con observación a todas las normas de derechos fundamentales vigentes en el ordenamiento jurídico español, ya que de la circunstancia del trabajador vincularse laboralmente no resulta que se destituya de la posición de ciudadano⁶.

Es decir: la asunción, por el ciudadano, de una relación laboral, con las limitaciones avenidas de las especiales condiciones del pacto, no le impone la usurpación de los

6 Así, precedendo la sentencia bajo comentario: SSTC 120/1983, 88/1985, 104/1987, 6/ 1988, 129/1989, 126/1990, 99/1994, 6/1995, 4/1996, 106/1996, 204/1997, 1/1998 y 15/2004.

derechos fundamentales de que, como ciudadano, condición personal que está puesta adelante de condición la de trabajador, sea titular y que, por lo tanto, continuarán a ser ejercidos, nada obstante las obligaciones avenidas de la relación laboral asumida. “Son, en definitiva, derechos del **ciudadano-trabajador** que ejerce como **trabajador-ciudadano** (PALOMEQUE LOPÉZ; ÁLVAREZ DE LA ROSA, 2008, p. 113).

Merece observación profunda, no obstante, que el ejercicio de estos derechos no específicamente laborales cuando del desempeño, por el obrero, de sus actividades laborales, reclama su adecuación a las realidades contractuales asumidas, lo que significa decir que avendrán modulaciones relativas al ejercicio de este derecho, que podrán, por su vez, ocasionar su restricción, o todavía su limitación, oriundas de los principios y normas vectores de esta especie de relación contractual, repleta de particularidades tan evidentes que condujo a la autonomía del Derecho del Trabajo relativamente a otros ramos del Derecho. Además, es importante observarse que

a restrição tem que ver com o direito em si, com a sua extensão objectiva; o *limite* ao exercício de direitos contende com a sua manifestação, com o modo de se exteriorizar através da prática do seu titular. A restrição afeta certo direito (em geral ou quanto a certa categoria de pessoas ou situações), envolvendo a sua compressão ou, doutro prisma, a amputação de faculdades que *a priori* estariam nele compreendidas; o limite reporta-se a quaisquer direitos. A restrição funda-se em razões específicas; o limite decorre de razões ou condições de carácter geral, válidas para quaisquer direitos (a moral, a ordem pública e o bem-estar numa sociedade democrática, para recordar, de novo, o art. 29º da Declaração Universal”. (MIRANDA, 2000, p. 329)

Sin embargo, estas modulaciones no se prestarán a afrontar el *contenido esencial* de estos derechos fundamentales, como tal comprendido “o limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito” (MIRANDA, 2000, p. 341)

Pero se vea que hay límites inmanentes que sólo podrán ser definidos por la vía de la interpretación del caso concreto. Y para comprenderlo es importante tener en consideración que los **límites inmanentes**

são **limites máximos de conteúdo** que se podem equiparar aos limites do *objecto*, isto é, aos que resultam da especificidade do bem que cada direito fundamental visa proteger, ou melhor, da parcela da realidade incluída na respectiva hipótese normativa (a imprensa, o domicílio, a fé, a família, a propriedade, a profissão). (ANDRADE, 1998, p. 215)

De ello sucede que,

se é fácil saber qual o bem que está protegido, já é muitas vezes difícil determinar-lhe os contornos, sobretudo quando o seu exercício se faça

por modos atípicos ou em circunstâncias especiais, afectando, de uma maneira ou de outra, valores ou direitos também constitucionalmente protegidos. (ANDRADE, 1998, p. 216)

Entre los muchos derechos fundamentales no específicamente laborales que están sometidos a este reglamento, figura el derecho a la libertad de expresión, reconocido en el art. 20 de la Constitución Española de 1978.

5. El Derecho a la Libertad de Expresión de Pensamientos, Ideas y Opiniones: Consideraciones Generales

El análisis del citado art. 20 de la Constitución Española de 1978, revela que el derecho a la libertad de expresión es, en el esencial, “la libertad de manifestación del pensamiento, ideas y opiniones”, pero se relaciona con “la libertad de producción y creación artística, científica y técnica” [art. 20.1, b], bien así con la libertad de cátedra [art. 20.1, c] y con “la libertad de comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión” [art. 20.1, d].

El derecho a la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones es definido en el art. 20.1, a, de la Constitución Española de 1978 como el derecho a “expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”.

Aunque la Constitución Española de 1978 no consagre la libertad de pensamiento, ideas y opiniones con autonomía cuanto al derecho de expresión respectivo, es cierto que suya expresión es una manifestación primaria y fundamental de la personalidad humana, un “punto de partida de diversas libertades cuyo ejercicio no es posible sin que previamente sea asegurada aquélla” (CHINCHILLA MARIN *apud* CREMADES, 1995, p. 67).

De hecho,

há quem diga: a liberdade de falar ou de escrever pode-nos ser tirada por um ser superior, mas não a liberdade de pensar. Mas quanto e com que correcção pensaríamos nós se não pensássemos em comunhão com os outros, a quem comunicamos os nossos pensamentos, e eles nos comunicam os seus! Por conseguinte, pode muito bem dizer-se que o poder exterior que arrebatava aos homens a liberdade de comunicar publicamente os seus pensamentos, lhe rouba também a liberdade de pensar”. (KANT *apud* MIRANDA, 2000, p. 454)

Delante de una tal circunstancia, la averiguación de la ocurrencia de afronta al derecho a la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones en el dominio específico del contrato de trabajo está avenida al análisis, en concreto, de la conformación de la

conducta del contratante a los límites establecidos normativamente para el ejercicio de este derecho.

6. Limitaciones al Ejercicio del Derecho a la Libertad de Expresión de Pensamientos, Ideas y Opiniones en el Dominio del Contrato de Trabajo: El Conflicto con el Derecho al Honor de Otro

Las limitaciones impuestas al ejercicio de este derecho en ámbito de las relaciones laborales pueden ser divididas en dos categorías: aquellas establecidas en el art. 20, 4, de la Constitución Española de 1978, cuya redacción dice literalmente que “estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”); aquellas oriundas de las obligaciones asumidas por las partes en virtud del contrato de trabajo.

En el ámbito del caso bajo análisis, la parte empleadora sustentó la corrección del despido disciplinario bajo el argumento de que tal providencia ocurrió con respaldo en limitaciones impuestas, en el dominio del contrato de trabajo, al derecho a la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones de ambos los carices: primero, por haber perpetrado, el obrero, ofensa al honor de colegas fallecidos, de sus familiares, de colegas de trabajo y de mandos (con lo que estaría caracterizada la hipótesis de limitación genérica de este derecho fundamental, prevista en el art. 20, 4, de la Constitución Española de 1978); segundo porque, así procediendo en el día siguiente a conciliación judicial en cuyo curso se había comprometido a ejercitar su derecho de libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones evitando la utilización de términos ofensivos a colegas y mandos, el trabajador ofendió el principio de la buena fe que da norte a los contrato de trabajo.

Sin embargo, merece observación la circunstancia de que los argumentos expendidos por la parte empleadora, rigurosamente, radican en sólo una razón: el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones llevado a efecto pelo recurrente, en el entendimiento de su empleador, fue ofensivo al honor de colegas, sus familiares y mandos.

De hecho, acaso rechazada esta premisa de hecho, restarían inocuas discusiones acerca de la caracterización no sólo de la ofensa al principio de la buena fe contractual [que justificaría el despido disciplinario con base en el art. 51, 1, d, del Estatuto de los Trabajadores], que avendría naturalmente del reconocimiento de afronta, por el trabajador, de derecho fundamental de otro (específicamente del derecho al honor de colegas, sus familiares y mandos), circunstancia, en principio, con envergadura suficiente para el fin de caracterizar la hipótesis de posibilidad de despido disciplinario con base en el art. 51, 1, c, del Estatuto de los Trabajadores.

Es decir: sólo el análisis de la ocurrencia, en el caso concreto, de ofensa al honor de colegas de trabajo, de sus familiares y de mandos sería hábil a definir la corrección jurídica del acto de despido del obrero.

Puesta en estos términos la cuestión, se observa estarse delante de un cuadro de conflicto de derechos, donde se contraponen de un lado el derecho a la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones del trabajador y, del otro lado, el derecho al honor de sus mandos, colegas y sus parientes.

El **honor** es entendido como

el íntimo valor moral del hombre, la estima de los terceros, o bien la consideración social, el nombre o buena fama así como el sentimiento y conciencia de la propia dignidad (DE CUPIS *apud* ROJAS RIVERO, 1991, p. 100).

En la ámbito de las relaciones laborales, el derecho al honor

comprende desde luego “el prestigio profesional” del individuo, como forma destacada de ‘manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad. (PALOMEQUE LOPÉZ; ÁLVAREZ DE LA ROSA, 2008, p. 123)

La solución de este conflicto deberá ser encontrada a partir del análisis del caso concreto, en el curso del cual se analice en cual medida se hay respetado los contenidos esenciales de cada uno de estos derechos, para tal considerándose, en su caso, las modulaciones que cada uno de ellos sufre en virtud de las reglas avenidas del contrato de trabajo, pero siempre con objeto de atribuirles las mínimas limitaciones posibles, de manera a preservarles el más plenamente el ejercicio.

Así, de luego resulta que no es toda manifestación de juicio de valor desfavorable a alguien de la que es posible advenir caracterizada ofensa al derecho al honor y autoriza la limitación del derecho a la expresión de pensamientos, ideas y opiniones. Y así lo es porque la norma jurídica no alberga las hipótesis de excesiva sensibilidad y melindres sin motivaciones, ya que la convivencia en sociedad exige de las personas constantes ajustes y tolerancias que la hagan viable. Es decir: existe un mínimo de incómodos, inconvenientes o disgustos que el deber de convivencia social exige que se tolere, principalmente delante de una circunstancia de limitación a una libertad fundamental del porte de la expresión de pensamientos, ideas y opiniones.

Esta limitación, sin embargo, no estará justificada si en su ejercicio hay excesos en el uso del lenguaje, con utilización de términos desnecesarios a la manifestación del pensamiento, idea o opinión construido o flagrantemente injuriosos (cuyo análisis merece ser realizada observándose el contexto de hecho) y que vengan a afrontar el derecho al honor de que son titulares otros sujetos de derecho.

Así, a ejemplo de lo que ocurre con el derecho a la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones, hay límites impuestos al derecho al honor, que también sufren **modulaciones** según la naturaleza de las relaciones jurídicas en el curso de las cuales eventualmente ocurra la práctica de actos que les sean ofensivos.

El análisis del caso concreto deberá siempre orientarse por el principio de la proporcionalidad. Con efecto,

toda medida restrictiva de un derecho fundamental deberá superar el correspondiente ‘juicio de proporcionalidad’, para lo que será imprescindible comprobar si cumple tres requisitos o condiciones: 1) si la medida ‘es susceptible de conseguir el objetivo propuesto’ [juicio de idoneidad]; si, además, ‘es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia’ [juicio de necesidad]; y, finalmente, 3) si la misma ‘es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto’ [juicio de proporcionalidad en sentido estricto] (SSTC 292/1993, 99/1994, 6/1995, 66/1995, 55/1996, 136/1995, 186/1996, 207/1996, 6/1998, 37/1998, 98/2000, 186/2000, 126/2003, 151/2004, 181/2006 y 56/2008. (PALOMEQUE LOPÉZ; ÁLVAREZ DE LA ROSA, 2008, p. 113)

Por estos parámetros se debe orientar no sólo el empleador en la ocasión de imposición de una sanción disciplinar, pero también los organismos judiciales en eventual apreciación del ejercicio de estos derechos en conflicto.

7. Conclusiones

Se observa que en el caso analizado de hecho no se puede vislumbrar ningún exceso de lenguaje del recurrente en amparo cuanto a las expresiones alusivas a los compañeros fallecidos de manera a concluirse por la ocurrencia de ofensa a su honor o de su familia y a justificar su despido, en flagrante limitación al ejercicio de su derecho a la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones, como sucedió en el caso concreto.

La conclusión lanzada se justifica porque de luego fue registrada la intención de prestarles un homenaje, además de no haber, el empleado, en cuanto a sus compañeros de trabajo fallecidos, entonces, cualquier referencia en la que se identifique una nota de menosprecio. Además, mismo que así no fuera, los desdoblamientos que resultaran estarían fuera del ámbito de la relación laboral, situándose en la esfera de relaciones jurídicas de naturaleza civil, siendo que dichas relaciones sólo caracterizarían una justa causa subjetiva del empleado se hubiera perjuicios a la actividad empresarial, lo que efectivamente no ocurrió en el presente caso.

Igualmente, las expresiones vertidas en desfavor de los compañeros de trabajo no titulares de representación laboral no se prestan al fin de caracterizar ofensa a su honor, ya que, además de no se refirieren a hechos ajenos a la relación de trabajo, no fueron dirigidas a nadie individualmente considerado y no incluyeron expresiones excesivas o innecesarias, siendo que en la especie no hubo registro de manifestación de incómodos por parte de ningún de los compañeros de trabajo.

Mismo las opiniones formuladas relativamente a los representantes laborales, que se revelaron, si, algo mordaces, no representaron afronta al su derecho al honor. Con efecto, tal como reconocido por el Tribunal Constitucional, asumiendo tales posiciones representativas, estos trabajadores admiten su sometimiento a un juzgamiento social correspondiente a esta actividad, que es legítimo, tanto que no se entregue a cuestionarles la rectitud y la honestidad, hipótesis no configuradas en el caso presente. Es, por así decir, una “modulación” del derecho al honor de los representantes laborales, que proviene de las obligaciones firmadas en esta órbita y que termina por imponer limitaciones más estrechas a este derecho que aquellas firmadas relativamente al derecho a la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones de quien, cuanto a este aspecto de la vida de los representantes laborales, se interese por formularlas.

Acaso todo lo expuesto no fuera suficiente, tales relaciones, firmadas entre los trabajadores y sus representantes laborales, también son ajenas a la relación laboral y sólo serían hábiles a repercutir en esta órbita acaso hubiera interferencia en el cumplimiento del contrato de trabajo, en cualquier de sus aspectos, el que no ocurrió en la especie.

Así es que se observa que no se configuró, aquí, ninguna ofensa al derecho al honor de compañeros de trabajo, de sus familiares o de mandos, de manera que se viera justificado el entendimiento de que el obrero haya perpetrado, además, ofensa al principio de la buena fe contractual y se viera posible el fin del contrato de trabajo por justa causa subjetiva del trabajador.

Así, formulando entendimiento distinto, el empleador no aquilató bien las circunstancias concretas, no formulando de modo satisfactorio el **juicio de proporcionalidad**, en lo que fue seguido por los organismos judiciales cuyas decisiones fueron objeto de recurso de amparo.

De otra suerte, de las posiciones asumidas por el Tribunal Constitucional en el caso bajo examen, se observa la apreciación con parsimonia de las circunstancias de hecho y de derecho que envuelven la cuestión, con atención a los términos del art. 53, 1 de la CE.

8. Referencias

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2001.
- CAUPERS, João. *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*. Lisboa: Almedina, 1985.
- CREMADES, Javier. *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: La ley-actualidad, 1995.
- ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Recurso de Amparo 2732/2006. Sentença 58/2007. Aprobada en 14-04-2008. Publicada en BOE n.º 117, de 14-05-2008. Disponível em: <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2008-8466>. Acesso em: 09/06/2015.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000, t. IV.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos; ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. 16. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A, 2008.
- PÉREZ LUÑO, António-Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2007.
- ROJAS RIVERO, Gloria P. *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Editorial Trotta, 1991.