

III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

06

Madrid/Espanha

2015

ORGANIZADORES

PROF. DR. MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

PROFA. DRA. FRANCISCA MORENO ROMERO

**Direito do Trabalho
Seguridade Social**

III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

06

Madrid/Espanha
2015

ORGANIZADORES

PROF. DR. MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE
PROFA. DRA. FRANCISCA MORENO ROMERO

**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 Marcílio 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 Naspolini 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 Borges 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: Marco Antônio César Villatore, Francisca Moreno Romero. – Madrid :
Ediciones Laborum, 2015.
V. 6

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

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 Titulos 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

Em Busca de um Conceito de Assédio Moral: Revisitando a Necessidade do Dano Psíquico para sua Configuração <i>Renato de Almeida Oliveira Muçouçah</i>	8
Liberdade de Expressão e Relações Contratuais Trabalhistas: Ruptura Disciplinar do Pacto Laboral Decorrente das Ideias, Críticas e Reflexões Expressas pelo Empregado nas Redes Sociais <i>Paulla Christianne da Costa Newton e Sérgio Cabral dos Reis</i>	36
O Axioma entre a Exigência de Trabalho Excessivo <i>Versus</i> o Direito ao Lazer do Trabalhador: Análise sob a Ótica da Responsabilização do Empregador <i>Regina Célia Pezzuto Rufino</i>	61
O Sistema de Seguridade Social Brasileiro <i>Zélia Luiza Pierdoná</i>	87
O Valor Social do Trabalho e o Princípio da Fraternidade: Reflexões sobre o Teletrabalho <i>Denise Fincato</i>	105
Participação, Democracia e Liberdade Centradas na Economia Solidária. A Eficácia da Norma Trabalhista na Iberoamérica, a partir dos Movimentos Sociais e das Teorias dos Movimentos Sociais <i>Everaldo Gaspar Lopes de Andrade e Isabele Bandeira de Moraes D`Angelo</i> ..	129
Proteção da Mulher: Direito Individual e Social à Igualdade de Condições no Mercado de Trabalho e ao Direito à Maternidade <i>Grasiele Augusta Ferreira Nascimento e Regina Vera Villas Bôas</i>	156
Risco Ocupacional e Custos: Análise Crítica da Política de Monetização do Risco com Abordagem de Normas do Direito Espanhol <i>Marco Antônio César Villatore e Adriana de F. Pilatti Ferreira Campagnoli</i>	173

Uma Análise dos Reflexos nas Relações Trabalhistas da Lei n. 12.984 de 2/6/2014 que Criminaliza a Discriminação dos Portadores do Vírus HIV e dos Doentes de AIDS

Maria Aparecida Alkimin e Ana Maria Viola de Sousa 193

EM BUSCA DE UM CONCEITO DE ASSÉDIO MORAL: REVISITANDO A NECESSIDADE DO DANO PSÍQUICO PARA SUA CONFIGURAÇÃO

RENATO DE ALMEIDA OLIVEIRA MUÇOUÇAH

Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor do curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Professor dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), Minas Gerais. O autor registra seu agradecimento pelo apoio financeiro concedido pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG), que viabilizou a apresentação da presente pesquisa acadêmica.

Resumo

O presente trabalho tem como escopo estudar o fenômeno assédio moral e buscar situá-lo para além das fronteiras da perseguição ou dano psicológico, como se verifica até mesmo em julgados bastante recentes. Partindo de uma breve introdução histórica acerca dos fundamentos exigidos para reconhecer uma relação de emprego como válida, e também buscando compreender relações em que não há formalização, nota-se que o poder diretivo do empregador e a forma de sua manifestação podem constituir-se em elementos facilitadores da prática de assédio moral. Ato seguinte busca-se propor um conceito amplo de assédio moral, não baseado apenas no dano psíquico, de maneira a abarcar diversas formas de violência existentes em relações de emprego, no afã de conferir-lhes formas para tutela jurídica que reprima ou previna tais práticas. O poder diretivo do empregador acabou transformando-se em força e pressão produtivas na cultura de empresas, o que poderá consubstanciar-se em assédio moral, independentemente de existirem ou não danos de qualquer natureza. Faz-se necessária, portanto, uma releitura do conceito de assédio moral, a fim de que se possa tutelar com mais presteza relações tidas como “normais” em ambientes do trabalho, mas que, em verdade, constituem atos violentos de desrespeito a direitos fundamentais do trabalhador.

Palavras-chave

Assédio moral; Poder diretivo do empregador; Dano psicológico; Cultura da empresa.

Abstract

This research aims study the mobbing phenomenon and seek to place it beyond the borders of persecution or psychological damage, as can be observed on very recent court decisions. After a brief historical introduction about the fundamentals required to recognize an employment relationship as valid, and also trying to understand relationships where there is not formal characterization, the directive power of the employer and the form of its manifestation can be constituted in facilitating elements to practice of mobbing. The next act seeks to propose a broad definition of mobbing, not just based on psychic damage, in order to cover various forms of violence in employment relationships, with the desire to give them ways to legal protection to suppress or prevent such practices. The directive power of the employer eventually can become the productive force and the pressure in the culture of companies, which may constitute the mobbing, although whether or not damages of any kind. It is necessary, therefore, a reinterpretation of the concept of mobbing, which defends them with more promptness relations considered “normal” in the workplace, but which, in fact, are violent acts of disrespect about fundamental rights of the worker.

Key words

Mobbing; Employer’s directive power; Psychic damage; Company practices.

1. À Guisa de Introdução

Segundo Robert Castel¹, no curso de existência do modo de produção capitalista os trabalhadores vivenciaram algumas formas de integração, dentre elas a condição proletária e a condição operária. Hoje, vive-se na sociedade salarial: praticamente todos os seres humanos vivem de algum tipo de remuneração, seja oriunda do trabalho subordinado, do autônomo ou de novas formas de conquista de dinheiro por meio do labor humano. Na primeira fase da integração, havia quase que a exclusão dos proletários do corpo social: sujeitos de direitos, considerados formalmente iguais aos seus *contratantes*, suas questões – como a própria nomenclatura escolhida sugere – resolviam-se com base no *contrato*, no acordo de vontades individualmente considerado.

Nesse diapasão, o proletário não existe para a sociedade porque apenas *produz* para ela; é, no entanto, tão miserável que não consegue sequer consumir o que produz. Sem qualquer força política ou construção de identidade com aqueles que vivem em condições

1 CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social**: uma crônica do salário. Trad. Iraci D. Poleti. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 415-436.

semelhantes às suas, o homem, nesta fase, trabalha apenas para reproduzir-se materialmente. A posterior passagem à condição operária traduziu-se na integração por outra maneira: a percepção da lógica *subordinante*, que afinal foi a alavanca do mundo do trabalho no fito de constituir uma espécie de coesão social², com a qual se forjou uma identidade de classe. Aliás, é nesta fase que surge o direito do trabalho e o salário deixa de ser a mera retribuição pontual pelas tarefas desempenhadas, nos dizeres de Castel³. Ele passa a ser mais: garante direitos, permite o acesso a direitos sociais como aposentadoria, auxílio por enfermidade relacionada ou não ao trabalho, assim como possibilita à classe trabalhadora conquistar o consumo, a instrução, o lazer e a propriedade.

A assertiva pode ser corroborada pelos estudos de François Ewald acerca do chamado Estado-Providência: a sociedade industrial trouxe um problema que desafia até mesmo os postulados liberais, qual seja, os acidentes do trabalho⁴. Conforme o autor, o direito em si não contém uma “essência”: trata-se de uma categoria de pensamento que descreve certas práticas, como práticas normativas, racionais mas, sem dúvidas, também práticas de coerção e sanção social⁵. E como poderia haver a reparação dos acidentes do trabalho sem a responsabilização de alguém – responsabilidade esta que se baseava nos princípios liberais da eventual culpabilidade do empregador? Sem dúvidas, a solução encontrada foi a *socialização de riscos*, promovida pelo Estado por meio de algum Instituto financiado pelos cofres públicos e pelos particulares que desenvolvessem atividades perigosas.

O direito buscou ampliar o conceito de *trabalhador* para fins de proteção social aos infortúnios, vez que – nas palavras do já citado Castel – vive-se na sociedade salarial. Esta expansão do conceito de trabalhador, contudo, serviu à inclusão social e à proteção de pessoas pelo Direito da Seguridade Social, mas não gerou reflexos para o Direito do Trabalho⁶. Este continuou preso aos clássicos institutos do reconhecimento de relação de emprego (e conseqüente conquista de direitos sociais constitucionalmente assegurados): quando houver trabalho subordinado, com pessoalidade, realizado de maneira não eventual, de forma onerosa e prestado por pessoa física, haverá direitos sociais elementares, ínsitos ao Direito do Trabalho, a serem aplicados. Ausente algum ou alguns desses elementos, inexistirá relação de emprego a ser reconhecida e, portanto, direitos sociais a serem garantidos a quem vive de seu trabalho.

Por certo não se está a falar, aqui, do surgimento do Direito do Trabalho, cujas lutas remontam aos primórdios da Revolução Industrial e a algumas leis esparsas do século

2 ROMAGNOLI, Umberto. La libertad sindical, hoy. **Revista de Derecho Social**, v.4, n. 14, p. 9-23, abr./jun. 2001. p. 20.

3 Op. cit., p. 416

4 EWALD, François. **L'Etat Providence**. Paris: Bernard Grasset, 1986. p. 85-90.

5 Id. p. 30.

6 CAMERLYNK, G. H. **Traité de droit du travail**: contrat de travail. Paris: Dalloz, 1968. p. 54.

XIX, existentes em vários países. Todavia, é na *codificação* deste ramo especializado do direito que a Itália muito influenciou o Brasil. Quem o afirma é Evaristo de Moraes Filho: “vivemos até 1945 num regime corporativo-fascista, nos moldes do italiano, cujo ordenamento jurídico copiamos servilmente. Importamos por isso mesmo muitos de seus conceitos doutrinários acêrca de nossa ciência”⁷. Todavia, consoante raciocínio do mesmo autor, com a redemocratização dos países no pós-guerra, a inspiração fascista na leitura do direito laboral findou-se tanto no Brasil quanto na Itália, repudiando o corporativismo sindical (traço maior do regime citado)⁸.

O tratadista italiano Lodovico Barassi, em obra de 1949, inicia seu texto firmando a fisionomia do direito do trabalho na relação entre o empregador e seu subordinado, a qual chama de relação de trabalho⁹. Não restam mais, pois, influências do corporativismo fascista – ao menos não ostensivamente. De qualquer forma, para além das discussões de seu tempo (o contratualismo ou acontratualismo existente na relação empregatícia, tema também amplamente debatido no Brasil¹⁰), Barassi fixa os requisitos necessários para o reconhecimento de um contrato de emprego: um trabalho prestado por pessoa física¹¹, com inserção em um empreendimento, sendo o empregado sempre estranho ao risco empresarial (alteridade), de maneira a prestar seu trabalho ao empregador de maneira subordinada e onerosa¹². Estes foram (e são), desde os primeiros tempos da legislação trabalhista brasileira e italiana, os principais requisitos para o reconhecimento da existência de um contrato de emprego.

Com o passar do tempo, tanto Itália quanto Brasil – até mesmo pela similaridade de seus ordenamentos jurídicos trabalhistas – desenvolveram suas teses e enfrentaram questões similares. Já em obra de 1984, Renato Scognamiglio compreende como requisito

7 MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 1, p. 263.

8 Id., p. 267-269.

9 BARASSI, Lodovico. **Il diritto del lavoro: le fonti, il rapporto di lavoro, le qualifiche**. Milano: Giuffrè, 1949. v. 1, p. 5.

10 Vide MESQUITA, Luiz José de. **Direito disciplinar do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1950, p. 20-41, autor brasileiro defensor do acontratualismo da relação de emprego (a chamada visão *institucional*). Como bem explanado pelo citado autor, a empresa envolve a ideia de uma “obra comunitária”, em que é necessário o elemento da *comunhão* entre os participantes (quais sejam, empregador e empregados) para que a finalidade social seja atingida. O poder nesta empresa é detido pelo proprietário, afinal, é ele quem une o capital ao trabalho, mas tal poder visa atender aos interesses da empresa, e não ao seu próprio. O empregado, assim, é um *colaborador* na empresa, que labora com vistas à consecução da finalidade empresarial, sendo corresponsável pelo sucesso ou fracasso do capital. Lodovico Barassi, Op. cit., p. 224-241, tenta conciliar a teoria institucional e a contratualista, dizendo ser “contratual” a “inserção do trabalhador na empresa” e sua colaboração para com o empregador. A discussão permeou as décadas de 1930 a 1950, até firmar-se, em coro unísono, a natureza puramente contratual da assim chamada “relação” de emprego.

11 BARASSI, Lodovico, Op. cit., p. 191.

12 Id. p. 242-257.

necessário para a formação válida do contrato de emprego a pessoalidade do trabalhador, assim como a habitualidade nos serviços, ideia ínsita à subordinação¹³.

Apenas para fim de ilustração, aproximadamente na mesma época em que Renato Scognamiglio publicava seu livro na Itália (cuja primeira edição é de 1969), no Brasil Mozart Víctor Russomano sustentava idênticos requisitos para o reconhecimento da existência ou validade de um contrato de emprego¹⁴. Estes requisitos permanecem como aqueles exigidos até a atualidade para a caracterização da relação de emprego, como se pode notar – também exemplificativamente – pela obra de Maurício Godinho Delgado¹⁵.

Everaldo Gaspar Lopes de Andrade advoga que, em face das diversas fases capitalistas já vivenciadas no globo (incluindo a atual, que é a do capitalismo global e financeiro em sua fase pós-industrial), o objeto central do direito do trabalho não pode mais ser considerado como o trabalho subordinado: o trabalho informal se encontra “completamente distanciado dos sistemas de proteção instituídos pelo Direito do Trabalho”¹⁶. Vive-se o tempo, pois, dos trabalhos existentes à margem da aplicação do direito ou, numa expressão, dos trabalhos marginalizados.

Considera-se, porém, que a prática de assédio moral acaba por ser potencializada em relações informais, irregulares ou marginalizadas, pois apesar da irregularidade – ou até ilicitude, em muitos casos, da atividade – trabalhadores e detentor do capital se encontram em zonas atípicas nas quais se torna difícil ou mesmo impossível o reconhecimento de um contrato de emprego, em que pese a existência da subordinação, máxime no contínuo recebimento de ordens e constante submissão dos obreiros aos ditames do dador de ordens.

2. A Subordinação e o Poder Diretivo do Empregador como Elementos Propriadores do Assédio Moral

A lógica do conceito de trabalho contratualmente subordinado, pelo qual se transfere ao empregador o poder de dirigir a execução de serviços, fiscalizá-la e mesmo punir seus empregados auxiliou, em imensa medida, a prática de assédio moral. Nas relações de trabalho irregulares, clandestinas ou mesmo ilegais (terceirização, falso estágio acadêmico, trabalho do cabo eleitoral, a prostituição, o homem-seta, a diarista, a cuidadora,

13 SCOGNAMIGLIO, Renato. **Diritto del Lavoro**. 2. ed. Bari: Cacucci, 1984. p. 107-109; p. 149-162.

14 RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1972. p. 78-108.

15 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 289-308.

16 ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do Trabalho e Pós-Modernidade: fundamentos para uma teoria geral**. São Paulo: LTr, 2005. p. 77.

os apontadores do jogo do bicho, a manicure, o *motoboy*, o trabalho em presídios, etc.)¹⁷ potencializam um sem-número de situações nas quais, inexistindo qualquer tutela laboral, o assédio moral poderá dar-se de maneira ainda mais acentuada, em razão do poder conferido ao dador de ordem (ou empregador suposto) para ditar o processo de execução do trabalho, ainda que à margem da lei. Poder, de forma genérica, é a possibilidade de alguém impor uma conduta ou um conteúdo a outrem, e está presente em quase todas as relações na sociedade.

Conforme a escorreita análise de Gérard Lebrun, ao conceito de poder está ligada a ideia de força. Um exemplo não pode ser mais claro: se um partido tem peso político, é porque tem *força* para mobilizar um determinado número de eleitores; se um sindicato também possui peso político, é pelo fato de ter ele *poder* para deflagrar uma greve. Força não é necessariamente a posse de meios violentos de coerção, mas de meios que permitam a um determinado agente influir na conduta de outro. Em outras palavras, “a força é a canalização da potência”, entendendo a potência como “toda oportunidade de impor a sua própria vontade, no interior de uma relação social, até mesmo contra resistências, pouco importando em que repouse tal oportunidade”¹⁸.

Reinhard Bendix demonstra como, historicamente, a disciplina e a autoridade se fizeram presentes nas relações de trabalho, exatamente como forma de incentivar comportamentos.

O autor cita a obra de Robert Owen, que se fez presente numa época em que os empregados eram tratados como quaisquer dos outros fatores da produção. O método owenista, contudo, concebia a relação de emprego como algo “amo-servidor”, na qual o amo pensava por seu servidor e o protegia contra infortúnios da vida, contra suas próprias debilidades, criando-se entre eles uma relação verdadeiramente amistosa. Mais até que amistosa: relações morais, sentimentais, mas ao mesmo tempo autoritárias, já que o amo (empregador) exercia sua vontade arbitrariamente sobre os servos (empregados), vez que detinha a *legitimidade* consentida por estes para saber, em nome de todos eles, o que seria bom ou ruim para a empresa e para o destino individual de cada operário¹⁹.

Esse tipo de concepção, porém, foi superada pela produção industrial em grande escala que pressupunha, por sua larga dimensão, um modo diretivo mais impessoal. Por seu turno, a classe empresária passou a enfatizar a ideologia do *esforço individual*, que se

17 Para uma análise mais detida acerca desses diversos tipos de trabalho, consultar SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; GNATA, Noa Piatá Bassfeld (orgs.). **Trabalhos marginais**. São Paulo: LTr, 2013.

18 LEBRUN, Gérard. **O que é poder**. 14. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996. p. 12.

19 BENDIX, Reinhard. **Trabajo y autoridad en la industria**: las ideologías de la dirección en el curso de la industrialización. Trad. Ítalo A. Manzi e Ricardo Malfé. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1966. p. 51-53.

lograr *êxito*, traz ao trabalhador uma *recompensa*; esta ideologia (trinômio esforço, êxito e recompensa) foi amplamente utilizada no movimento patronal antissindical, por afirmar ao trabalhador que este somente poderia modificar suas condições de vida se ganhasse a confiança e o respeito de seu empregador, e não por possíveis confrontos²⁰. Trata-se da lógica da concórdia em substituição ao embate.

No entanto, a indústria moderna não poderia mais ser *pessoalmente* controlada pelo empregador. Desta feita, não se poderia confiar mais na relação “amo-servo”; a produção de linha, para obter êxito, concentrou-se em castigar severamente os obreiros se estes faltavam para com a produção. Este tipo de direção pressupunha a onipresença do medo e da coerção para que os empregados trabalhassem com vistas à máxima produção. O discurso ideológico, entretanto, foi mantido apenas para acentuar o dever da submissão²¹.

Nesse sentido, observamos que o poder exercido pelo empregador sobre o empregado não se limita à dominação em sua forma mais primária. Este poder é também autoridade, pois existe ao “seu lado a força do hábito; não precisa justificar-se a todo instante, nem provar, incessantemente, que oposição alguma é suficientemente forte para derrubá-lo”²².

Encontra-se legitimado, em verdade, pelos discursos jurídicos. Segundo Michel Foucault há “relações de poder múltiplas que atravessam, caracterizam e constituem o corpo social” e estas não se dissociam, se estabelecem e nem mesmo funcionam “sem uma produção, uma acumulação, uma circulação e um funcionamento do discurso”²³. Esse mesmo discurso que confere veracidade à fala jurídica do poder diretivo do empregador é um dos vários poderes dispersos pela sociedade, e que representam, para a burguesia, a consecução de um determinado interesse.

Os discursos jurídicos acerca da legitimidade do poder diretivo do empregador em nosso ordenamento jurídico se legitimam *apenas* pela doutrina e pela jurisprudência, posto que baseados na interpretação tendenciosa do lacônico *caput* do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, aliada à exegese de algumas outras normas esparsas e previstas para casos estritamente pontuais, não generalizantes, do curso da relação jurídica de emprego, como os artigos 468, 469, 474 e 482 (este que pouco se relaciona com o construído tema do poder diretivo do empregador, mas sim, e em verdade tão-só, com a resolução negocial trabalhista), todos também do texto consolidado.

20 Id., p. 286.

21 Id., p. 211-214.

22 RUSSELL, Bertrand. **O poder**: uma nova análise social. Trad. Brenno Silveira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957. p. 26-27.

23 FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Trad. Roberto Machado. 21. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2005. p. 179.

O discurso jurídico mais tradicional demonstra esse poder exercido sobre os empregados como uma inelutável necessidade técnica. E se pode observar, em conformidade com as citações de Russel e de Foucault, que o discurso dos juristas vai muito além: este discurso legitima o poder, operacionalizando-o; é força inelutável, passível de cumprimento sem qualquer análise de conteúdo pelo sujeito passivo a ele sujeitado. E tudo isso é formado pelo “poder da opinião”, que se dissemina nos discursos jurídicos e, muito mais que neles, na prática cotidiana empresarial exercida pelo poder diretivo do empregador.

O discurso somente existe e é eficiente porque há indivíduos que, entre si, concebem homogeneamente uma linguagem em que se comunicam e, pela inteligência, apreendem o símbolo traduzido por essa linguagem. Os símbolos, assim, tornam possível o consenso “do sentido do mundo social que contribui fundamentalmente para a reprodução da ordem social: a integração <<lógica>> é a condição da integração <<moral>>”²⁴. O símbolo possui este papel estruturante na transmissão de valores mas, ao mesmo tempo, ele é um *estruturante* que pode ser *estruturado* a serviço de disseminar valores de um interesse particular, a saber, do empregador, e não dos interesses coletivos (ainda que da “empresa”).

Segundo Pierre Bourdieu,

não basta notar que as relações de comunicação são, de modo inseparável, sempre, relações de poder que dependem, na forma e no conteúdo, do poder material ou simbólico acumulado pelos agentes (ou pelas instituições) envolvidos nessas relações e que, como o dom ou o *potlatch*, podem permitir acumular poder simbólico. É enquanto instrumentos estruturados e estruturantes de comunicação e de conhecimento que os <<sistemas simbólicos>> cumprem a sua função política de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a dominação de uma classe sobre outra (violência simbólica) dando o reforço de sua própria força às relações de força que as fundamentam e contribuindo assim, segundo a expressão de Weber, para a <<domesticação dos dominados>>²⁵.

O poder simbólico do discurso acerca da legitimidade das diretivas do empregador, que se transforma mais tardiamente em discurso *de autoridade*, em discurso *defensor da autoridade* patronal, objetiva a persuasão de um determinado grupo com o objetivo de convertê-lo; ato seguinte, os sujeitos “convertidos” expõem a opinião de forma convincente ao resto da comunidade, de forma constante e, por fim, a grande maioria resta plenamente crente da legitimidade da ordem ou do costume instituídos, o que torna

24 BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 8.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 10

25 Id., p. 11.

desnecessário, em absoluto, o uso da força física²⁶. Para Friedrich Engels, autoridade pressupõe subordinação; no entanto, para ele, a autoridade é imprescindível à organização produtiva. A questão a ser levantada corresponde a quem é o sujeito detentor do poder de organização, se o empregador ou os trabalhadores. No capitalismo seria o primeiro, e no socialismo os proletários – mas, de qualquer forma, haveria uma decisão de autoridade a ser respeitada, com vistas à consecução do trabalho parcelar. Portanto, para Engels a autoridade não desaparece; ela apenas se transforma. Se não houvesse a coordenação das atividades, e uma se sujeitando de certa maneira à outra, enfim, ter-se-ia o caos. Logo, para este, o poder do capital sobre o trabalho é apenas econômico²⁷.

O conceito de Engels fica claro quando examinamos o modelo de produção implementado na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, dotado de uma hierarquia bastante complexa, em cujo vértice encontrava-se a “comissão soviética de controle”, nomeada pelo Partido Comunista. E mesmo em termos da análise de *quem* está no comando, ou de *quem* exerce a autoridade sobre outros indivíduos, a tendência demonstrada pelo modo autoritário de produção capitalista ou socialista soviético pouco conseguem diferenciar-se, porque teoria e ação tornam-se assuntos doutrinários inseparáveis e, na prática, tanto em um sistema quanto em outro, a produtividade sempre maior continua a ser a prova do *sucesso* da direção empresarial²⁸. Por isso, Reginaldo Melhado oferece um escoreito ponto de vista:

o trabalho coletivo requer, inelutavelmente, coordenação técnica, mas o poder na relação entre capital e trabalho, tal como o conhecemos em sua forma atual, é originário da separação entre o trabalho intelectual e trabalho manual e é produto do capitalismo. Advém de fatores diversos, alguns intrínsecos à própria relação individual de trabalho e outros que podemos denominar “heteronômicos”. Não resulta da produção, e sim do modo de produção capitalista²⁹.

A posição de Engels poderia levar à conclusão de que a disciplina das máquinas possui lógica própria, neutra, independentemente do sujeito titular dos meios de produção. Em suma: a autoridade dentro da empresa vista como apenas uma necessidade técnica desvinculada de seu valor político, que simplesmente existe, independentemente do fato

26 RUSSELL, Bertrand. **O poder**: uma nova análise social. Trad. Brenno Silveira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957. p. 110.

27 ENGELS, Friedrich. Sobre a autoridade. in: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras Escolhidas**. v. 2. São Paulo: Alfa-Ômega, s/d. p. 185-187.

28 BENDIX, Reinhard. **Trabajo y autoridad en la industria**: las ideologías de la dirección en el curso de la industrialización. Trad. Ítalo A. Manzi e Ricardo Malfé. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1966. p. 376-377.

29 MELHADO, Reginaldo. **Poder e Sujeição**: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação. São Paulo: LTr, 2003. p. 17.

de nela coabitar uma relação de forças. O poder e a autoridade dentro da empresa (que se poderia resumir no chamado *poder diretivo*) cumprem, a par da necessidade técnica, a função de eliminar os interesses antagônicos existentes entre empregados e empregadores, os quais se plasmam na relação de emprego, na esteira do que sustenta o autor acima citado.

A prova mais elementar do sustentado no parágrafo anterior radica-se exatamente no conteúdo normativo das diretivas do empregador. Se o poder diretivo do empregador tivesse unicamente a função de organização da atividade produtiva, haveria coordenação, e não subordinação. Aliás, historicamente pode-se perceber a dupla função desta espécie de poder.

Dentro de um espaço de trabalho haver quem manda e quem é mandado é algo que foi concebido historicamente. Haverá revolta se as ordens são inflexíveis, ou contentamento se não o forem tanto, mas a dominação em si mesma é tida como legítima. E mais: empregados e empregadores são postos em mesmo patamar, como que sendo, ambos, “vítimas” da regra – a única vontade superior, que foi firmada já, anteriormente, no contrato de trabalho. Portanto o poder diretivo cumpre, além da necessidade técnica de operacionalização do trabalho, a função de eliminar antagonismos de classes em favor da classe economicamente mais forte, e é por isto que este poder ganha, na forma hodierna das relações de trabalho, o conteúdo normativo na forma de vigilância, coerção, direção, enfim, de poder privado.

Octávio Bueno Magano foi considerado, no Brasil, um dos autores de referência na questão do estudo do poder diretivo do empregador. Para ele, no plano da relação jurídica intersubjetiva entre empregado e empregador, o poder diretivo surge como direito potestativo, porque atribui ao empregador “a capacidade de influir a qualquer momento sobre a relação jurídica existente, determinando o conteúdo das prestações das partes”³⁰, tendo em vista que o detentor do direito potestativo – o empregador – não necessita da colaboração do sujeito passivo da relação obrigacional (empregado) para que o conteúdo ordenado seja cumprido. Nesse aspecto, a obra de Magano diferencia-se em absoluto dos conceitos de Alfredo Montoya Melgar, que parece fundamentar o poder diretivo do empregador em duas situações distintas: uma, que é originária da sua condição de credor de trabalho, obtida por meio do negócio jurídico trabalhista; outra, fundamentada na propriedade privada mesmo, posto ser o empregador um empresário, ou seja, aquele que detém a titularidade da empresa³¹. Tal visão, embora menos erudita que a de Magano, parece refletir melhor a realidade por desprendê-la de um conceito que, em verdade, é dogma: a necessidade inelutável da existência da subordinação.

30 MAGANO, Octavio Bueno. **Do Poder Diretivo na Empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 59.

31 MONTOYA MELGAR, Alfredo. **El poder de dirección del empresário**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1965. p. 37.

Num caminho que se pode denominar neoinstitucionalista, Octávio Bueno Magano atribui ao chamado poder diretivo o conceito de direito-função: “o poder atribuído ao sujeito de direito para a tutela não do seu próprio interesse, mas de um interesse alheio, quase sempre superior”³². Assim, ocorreria certo divórcio entre os interesses do empresário e os da empresa, haja vista a função social que ela tem. Magano chega a comparar o poder diretivo ao poder familiar, dizendo que o poder familiar (pátrio poder) antigo realizava apenas o interesse individual do homem, chefe de família; modernamente, ele é gerido em prol da família, do grupo.

Essa sensível mudança teria ocorrido também, no curso da História, com o poder diretivo do empregador, mais voltado à satisfação dos interesses da empresa que do empresário individualmente considerado. Quanto mais ela sofrer a incidência do interesse coletivo e dos trabalhadores em sua existência, menos a empresa terá a materialização do interesse subjetivo do empresário, concretizando-se as decisões tomadas em seu bojo como “codecisões”, ou ainda, como “decisões da própria empresa”³³. Desta forma, define: “poder diretivo do empresário é a capacidade, oriunda do seu direito subjetivo, ou então da organização empresarial, para determinar a estrutura técnica e econômica da empresa”, com o claro objetivo de “dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando às finalidades daquela”³⁴.

Entretanto, criticando a posição adotada por Octávio Magano, Reginaldo Melhado leciona sobre a teoria do direito-função:

sua fragilidade reside na abstração do empreendimento capitalista como algo definido comunitariamente; como se a empresa tivesse seu nascimento e sua continuidade pendente de uma “idéia comum” da qual também tomassem parte os trabalhadores. Estes, bem ao contrário, passam a integrar a “comunidade de trabalho” depois de fixados sua finalidade industrial, mercantil ou de serviços e seu projeto de realização. Fazem-no por razões muito próprias, que refogem claramente aos marcos dos interesses do capitalista: não buscam nada mais que as condições materiais de sua reprodução. Seu interesse é apenas o salário, e é oposto ao interesse do empresário, pois nutre a expectativa da maior valorização possível da força de trabalho. E a valorização do trabalho reduz a taxa de mais-valia e inibe o auto-incremento do capital, por seu turno, só é capital por perseguir este incremento. A relação é antagônica³⁵.

32 Op. cit., p. 64.

33 MAGANO, Octavio Bueno. **Do Poder Diretivo na Empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 65-68.

34 Id., p. 94.

35 MELHADO, Reginaldo. **Poder e Sujeição: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação**. São Paulo: LTr, 2003. p. 84.

A incongruência apontada na obra de Magano é por ele mesmo tornada palpável, quando salienta que o poder diretivo, mesmo concebido como direito-função, será sempre uma prerrogativa do empresário³⁶, e não necessariamente comunitária. Ou seja, ainda que cumpra a empresa sua função social com a coletividade e os trabalhadores, em última análise, o poder diretivo do empregador é força que, além de administrar as atividades produtivas do trabalho, oblitera os antagonismos de classe, utilizando-se para tal fim dos meios que dão conteúdo à organização da administração empresarial: dirigi-la, regulamentá-la, fiscalizá-la e punir os trabalhadores que descumprirem tais diretivas. Essa é a definição de poder diretivo do empregador tomada como escorreta, salientando-se que esse não possui qualquer fundamentação legal ou institucional, a não ser aquela firmada pela vontade (viciada) do empregado no negócio jurídico firmado com seu empregador, consubstanciado no contrato de trabalho.

Por óbvio, as prerrogativas conferidas ao empregador facilitam o exercício abusivo do direito, de maneira tal a poder configurar-se situações que, reiteradamente praticadas, ensejarão o que se denomina assédio moral. Nos trabalhos irregulares, clandestinos ou ilícitos – até mesmo pela ausência de tutela legal – a situação poderá agravar-se. Um bom exemplo é o funcionalismo público: em virtude da estabilidade conferida aos servidores públicos não raro estes serão “punidos” por outra via, que poderá ou não configurar prática de assédio moral. Essa violência na execução de atividades laborais constitui uma das faces mais antigas das relações de trabalho. O assédio moral em tais relações é apenas espécie da violência cotidiana a que são submetidos muitos dos trabalhadores de todo o mundo. Não existe em nosso ordenamento jurídico qualquer previsão específica que esquadrinhe os contornos de tal conceito, e a doutrina e a jurisprudência ainda são claudicantes neste sentido. O tema, também conhecido como psicoterrorismo, tornou-se amplamente divulgado pelas palavras de Marie-France Hirigoyen:

[...] o assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho³⁷.

O sujeito ativo (assediador) em regra é o empregador ou superior hierárquico que lhe faça as vezes, mas poderá ser também o próprio subordinado; o sujeito passivo desta prática (assediado) geralmente é o empregado, mas também poderá existir casos em que poderá ser o superior hierárquico. A fim de caracterizar a prática do assédio moral é preciso

36 MAGANO, Octavio Bueno. **Do Poder Diretivo na Empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 65.

37 HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o Assédio Moral**. Trad. Rejane Janowitz. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 17.

conduta, comportamento ou atos atentatórios a direitos fundamentais da personalidade humana, reiteração e sistematização do feito, bem como a consciência de assediado do agente, ou, ao menos, ser “previsível seu efeito danoso sobre o ambiente de trabalho e sobre a integridade psicofísica da vítima”³⁸. Esta vertente “psicologizante” do assédio moral – que exige a ocorrência de dano psíquico, ou ataque à integridade física ou psíquica da vítima – parece desconsiderar a realidade do mundo do trabalho.

Tal vertente domina parte da jurisprudência há anos: Sônia Mascaro Nascimento³⁹, exemplificativamente, vai muito além do aqui exposto. Defende que a lesão à personalidade do indivíduo é requisito suficiente para a responsabilização civil do agressor por danos morais, mas não evidencia a prática de assédio moral. Este dependeria da *prova técnica* de ocorrência de dano psíquico. Embora o artigo da Professora Sônia Mascaro Nascimento tenha sido redigido há mais de dez anos, muitos julgados parecem seguir essa tendência⁴⁰, eis que supostamente lastreada nas palavras da estudiosa tomada como referência no assunto, Marie-France Hirigoyen.

Em verdade, esta perseguição psicológica não pertence ao conceito de assédio moral; o abalo psíquico pertence à própria cultura e ao poder existentes nas organizações empresariais, como bem observa Everaldo Gaspar Lopes de Andrade. Na verdade, esses traumas psicológicos, segundo o autor, já compõem o mundo do trabalho e “não importa que o trabalhador esteja ou não empregado. Os sobressaltos, decorrentes dessa insegurança,

38 ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de emprego**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 52.

39 NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. O assédio moral no ambiente do trabalho. **Revista LTR**, São Paulo, v. 68, n. 08, p. 925. ago./2004.

40 Veja-se a Ementa de recentíssimos Acórdãos de diferentes regiões do Brasil. Um deles é oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo): **“ASSÉDIO MORAL NÃO COMPROVADO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. A figura do assédio moral se consubstancia na pressão psicológica do empregador ou preposto, com caráter não eventual, na busca de fazer dos constrangimentos perpetrados no trabalho, instrumento de verdadeira coação, para obtenção de maior produtividade ou mesmo para ensejar a iniciativa do empregado em rescindir o seu contrato de trabalho. O trabalhador passa a ser vítima de um ambiente de insustentável instabilidade emocional. Logo, ao aplicador do direito cabe analisar as circunstâncias e particularidades do caso concreto, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Assim, havendo comprovação nos autos quanto ao tratamento humilhante dispensado ao empregado e a culpa do empregador, necessária a condenação ao pagamento de reparação por danos morais. Todavia, não restou comprovado nos autos qualquer tratamento inadequado dispensado ao demandante. Apelo do autor a que se nega provimento”** (grifos nossos). Processo TRT 2ª Região 00025052120135020262, Relator Desembargador Valdir Florindo. Publicado no DJe em 23 fev. 2015. É também assaz representador desta tese outro Acórdão de recente lavra, oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (Pernambuco), no qual se destaca: **“segundo os ensinamentos doutrinários, o assédio moral decorre de tortura psicológica, consubstanciada no terror de ordem pessoal, moral e psicológica, praticada contra o empregado, no âmbito da empresa, podendo ser exercitada pelo superior hierárquico, por grupo de empregados do mesmo nível e pelos subordinados contra a chefia, visando a tornar insuportável o ambiente de trabalho, obrigando o trabalhador a tomar a iniciativa, por qualquer forma, do desfazimento do contrato de trabalho”** (grifos nossos). Processo TRT 6ª Região 0000556-40.2013.5.06.0103, Relatora Desembargadora Encida Melo Correia de Araújo. Publicado no DJe em 23 mar. 2015.

dessa incerteza constituem o substrato, a essência desse modelo, que faz sentir física e metafisicamente imprestável⁴¹.

A assertiva lançada pelo autor retrocitado elucida bem o que se tenta expor: não apenas em relações formais de emprego, mas também em outras – irregulares, clandestinas e até ilícitas, como citado – o terror psicológico é sistêmico e, por isso, deixa de conceituar o assédio moral, ao contrário do que se verifica facilmente em diversos julgados. As empresas, em sua maioria, trabalham com sistemas panópticos, fato que, de per si, cria ou potencializa qualquer clima de terror psicológico⁴². Caso se pretenda propor um conceito seguro de assédio moral, que venha a abarcar a real violência praticada contra subordinados no cotidiano das relações laborais, há que se estudar sua estrutura conceitual.

3. Em Busca de um Conceito de Assédio Moral: Proposições

Em direito não se pode tomar a causa pelo seu efeito: o desrespeito à dignidade da pessoa humana que seja reiterado, sistemático, protraindo-se no tempo, *poderá* causar danos psíquicos ou mesmo físicos a uma pessoa. Quando se atenta diretamente contra a dignidade humana, pode-se ter efeitos vários: dano moral, dano psíquico, dano físico, dano estético, dano existencial ou, simplesmente, dano algum. Independentemente do

41 ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **O Direito do Trabalho na Filosofia e na Teoria Social Crítica**: os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações. São Paulo: LTr, 2014. p. 125.

42 O Panóptico, idealizado por Bentham, foi uma espécie de sistema prisional muito bem explicitada por Michel Foucault: “*o princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. O dispositivo panóptico organiza unidades especiais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. Em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções – trancar, privar de luz e esconder – só se conserva a primeira e suprimem-se as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protege. A visibilidade é uma armadilha*”. in: FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Trad. Raquel Ramalhe. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 165-166. Desta forma, não há mais necessidade de castigo para um eventual descuido do empregado, tampouco espaço para possíveis justificativas operárias de não adimplemento das tarefas. O temor da possibilidade de punição não apenas está instaurado permanentemente, mas dotado de uma certeza matemática. O medo substitui, por fim, a força, radicado apenas na lembrança desta. O poder simbólico do empregador e a violência do medo imposto estão introduzidos na relação de emprego. E, desta maneira, o estado consciente e perene de vigilância garante o funcionamento automático do poder, independentemente de o empregador estar ou não efetivamente fiscalizando seus empregados. Finda-se o binômio ver, ser-visto, típico das pequenas empresas ou das antigas organizações empresariais. Tudo pode ser visto, controlado e vigiado como nos *reality shows*, tão comuns nesse começo de século XXI.

dano que vier a configurar-se, o assédio moral poderá restar configurado, a depender de um somatório de fatores.

Ressalva-se desde já que quando o objeto do assédio não é o atentado à dignidade humana, e sim à própria integridade psíquica ou física da vítima, visando desestabilizá-la emocionalmente, aí sim ter-se-á assédio moral de vertente psicológica, que os espanhóis costumam denominar *acoso psíquico*. Este termo, segundo Francisco González Navarro, distingue-se absolutamente do termo “acoso moral”: esta terminologia possui, em seu sentir, uma carência de precisão, pois se emprega o termo *moral* da mesma forma como o é empregado em situações extrapatrimoniais, como a responsabilização por dano *moral*⁴³.

Francisco González Navarro diferencia corpo e alma, porque o corpo não é a pessoa; o corpo *pertence* à pessoa. Há, portanto, uma esfera interior (alma) e a exterior (corpo), sendo que a alma se torna explícita por meio do corpo, que a demonstra alegre, triste, cansada, etc⁴⁴. A alma possui seus sentimentos, suas dores, que por sua vez se manifestam num corpo que também, de maneira exteriorizada, tem suas dores. A pessoa humana é, portanto, um sistema: corpo e alma, absolutamente interligados, sendo o corpo dirigido pela alma que ele, digamos, representa⁴⁵. Por isso, Navarro sentencia que, pelas mais diferentes maneiras e objetivos possíveis, o agressor tem por objeto no acoso psíquico uma coisa apenas: a *alma* da vítima, a fim de poder domesticá-la, submetê-la ao seu domínio⁴⁶. Nesse sentido, há assédio moral de cunho psicofísico o qual, todavia, não é regra.

Definição bastante precisa é a de Christophe Radé, quando afirma o assédio moral como comportamento hostil e violência moral reiteradamente travados contra a dignidade do empregado. Aliás, a Lei de 17 de janeiro de 2.002 declina o conceito de assédio moral como “*agissements repetés (...) qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d’altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel*”⁴⁷.

Nota-se, pelo conceito acima exposto, a clareza do legislador francês em distinguir danos físicos e psíquicos do conceito de assédio moral, o que pode ser reputado como correto. O assédio moral é uma prática reiterada que atenta contra direitos e contra a dignidade da pessoa humana. Esse é seu conceito. O dano, seja ele físico ou psíquico, é

43 GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. **Acoso psíquico en el trabajo**: el alma, bien jurídico a proteger. Madrid: Civitas, 2002. p. 173.

44 Id., p. 72-75.

45 Id., p. 83-96.

46 Id., 127-128.

47 RADÉ, Christophe. Harcèlement moral et responsabilités au sein de l’entreprise: l’obscur éclaircissement. **Droit Social**, Paris, p. 826. sept./oct. 2006. Tradução livre: “atitudes repetidas (...) que têm por objeto ou por efeito uma degradação das condições de trabalho, suscetível de poder atentar a seus direitos e à sua dignidade, de alterar sua saúde física ou psíquica, ou de comprometer seu futuro profissional”.

o *efeito*, a *consequência* da conduta assediante. Essa confusão parece permear não apenas a doutrina, como a jurisprudência brasileira também, tal qual já se buscou sublinhar no presente texto.

Alberto Pizzoferrato afirma que o assédio moral pode revestir-se tanto em forma coletiva quanto individual, expresso por uma multiplicidade de comportamentos agressivos não tipificados em princípio, mas com o requisito da repetitividade e continuidade, que podem redundar num ambiente de trabalho intolerável para a vítima ou as vítimas. No entanto, quanto aos efeitos causados pelo assédio moral, o autor sustenta que a prática não deve ser tida em razão da sensibilidade específica da vítima: deve-se ter em consideração a figura geral da pessoa mediana, pois somente assim ter-se-ia uma proteção maior a diversos tipos de situações que poderiam enquadrar-se como assédio moral. Por fim, Pizzoferrato vê, na tutela ressarcitória um caráter tanto reparatório e compensativo pelos danos sofridos, como um aspecto *punitivo* e *preventivo* no que tange à prática deste fenômeno pelo empregador⁴⁸.

A motivação para a prática assediante pode ser tanto excludente quanto inclusiva, ou seja, como espécie de “incentivo” à produção mas que, pela forma como se apresenta, poderá ferir direitos fundamentais do trabalhador. Muitas vezes, é por meio do assédio moral que o empregador ou quem lhe faça as vezes procura “impulsionar” o empregado a produzir mais; em outras, é pelo terror psicológico, advindo da constante ameaça de perda do emprego, que o empregador obriga o subordinado ao cumprimento máximo dos trabalhos impostos, por mais penosos que sejam.

Essa motivação pode fazer parte da conduta, mas não a delimita; o terror psicológico e os possíveis danos causados à vítima são efeitos da conduta, e não a conduta *per se*. Não sendo possível prever quantas e quais serão as formas pelas quais o assédio moral poderá manifestar-se, este poderá ser conceituado sempre que se atentar contra a dignidade e a personalidade do empregado. Sua integridade física e psíquica encontra-se ameaçada – *potencialmente* ameaçada, ao menos, pois a prática de assédio moral teve como base a violação sistemática a direitos fundamentais.

De fato, a perseguição poderá ser considerada psicológica apenas se tida no sentido de que poderá, potencialmente, afetar a integridade psíquica da vítima, mas não supõe uma *motivação* especificamente excludente para sua configuração. Neste sentido é que se configura algo que poderá ser denominado como *violência instrumental*: por meio dela, e mesmo sem dolo, o empregador poderá assediar seus empregados, numa clássica figura do ilícito civil chamada abuso do direito.

48 PIZZOFERRATO, Alberto. Mobbing e danno esistenziale: verso una revisione della struttura dell'illecito civile. **Contratto e impresa**, Padova, v. 18, n. 1, p. 304-311. gen./apr. 2002.

Na mesma esteira, acentua o autor lusitano Mago Graciano de Rocha Pacheco:

o assédio moral caracteriza-se por ser um tipo de violência que não é visível, que não transparece para o exterior e que dele não transparecem sequelas, excepto as resultantes de danos psicológicos, quando estas ocorrem e que, mesmo assim, podem sempre ser afastadas pelo assediador, atribuindo ao assediado problemas pessoais, perturbações mentais de longa data ou de mau relacionamento com os demais companheiros de trabalho ou outros da mais diversa índole⁴⁹.

Prossegue o autor em suas escorreitas considerações, ponderando que o caráter sutil da violência perpetrada contra o empregado pode por ele sequer ser notado; são fragmentos cotidianos de desrespeito à integridade moral dos trabalhadores que os empregados vivenciam, dia após dia, e muitas vezes sequer notam a prática.

Assim, nas palavras exatas do já citado autor,

a caracterização dos diversos actos em que se traduz o assédio moral, como actos de violência psicológica, não deve ser acolhida pelo Direito. Trata-se de um requisito do assédio moral para os domínios da psicologia e da psiquiatria, contudo, não deve ser considerado como elemento do conceito jurídico de assédio moral, porque este fenómeno pode compreender actos de violência física, porque pode não comportar qualquer consequência psicológica e, também, porque esta expressão “violência psicológica” induz na exigência de um dano psíquico que, por seu turno, não pode ser tido como elemento integrante deste tipo de violência, uma vez que o assédio moral releva, tão-só, pela ofensa à integridade moral do trabalhador enquanto pessoa humana⁵⁰.

Por isto, o assédio moral poderá ser aquele em que o empregador, utilizando-se abusivamente do seu direito subjetivo de organizar, regulamentar, fiscalizar a produção e punir os empregados, vale-se dessas prerrogativas de forma reiterada e sistemática, como *política gerencial*, atentando contra direitos fundamentais dos empregados em todas as suas dimensões, geralmente para o incremento de sua produção. O poder diretivo do empregador é, se assim utilizado, a mola-mestra que impulsiona a produção, com base no sacrifício e no desrespeito aos direitos dos subordinados. Por ser prática reiterada, dirigida a uma pessoa, um grupo ou ao ambiente do trabalho como um todo e atentar contra direitos fundamentais dos trabalhadores, constitui assédio moral.

Note-se que a prática de assédio moral como acima narrado somente é possível pela utilização da *violência instrumental*, ou seja, a violência nem sempre percebida – ou tida

49 PACHECO, Mago Graciano de Rocha. **O Assédio Moral no Trabalho**: o elo mais fraco. Coimbra: Almedina, 2007. p. 74.

50 Id., p. 77-78.

como normal por parte dos empregados e da sociedade – para que a empresa logre as finalidades que deseja obter. Uma espécie totalitária de governança empresarial, certamente.

Georges Sorel já discutiu acerca da moralidade da violência para se obter determinados fins, e a mostra não como um dado novo, e menos ainda desconhecido. Segundo o autor, o próprio cristianismo jamais teria conseguido adotar a força que hoje tem, enquanto fé, se não se utilizasse, em seus primórdios, da violência para conseguir seus objetivos⁵¹. Assim, a violência pode servir a qualquer grupo ou governo como instrumento para que alguém seja “incluído” em determinada esfera, numa prática que parece bastante totalitária.

Nesse aspecto, pode-se traçar dois paralelos com o pensamento de Hannah Arendt. Não que uma empresa possa ser *totalitária*, na acepção que o tempo possui na filosofia política, mas pode adotar táticas de inspiração nitidamente totalitárias para o aumento da produção. O totalitarismo é aquele sistema que destrói os valores, as tradições, as políticas de seus comandados. Ao mesmo tempo, cria uma cultura absolutamente nova, única, e a impõe indistintamente a todo o corpo de subordinados: como num rolo compressor, o poder totalitário reprime até mesmo o mais vulgar e primeiro dos direitos, que é o direito à liberdade: liberdade de criar, de pensar, de inovar, de crer em algo. O sistema totalitário, como a própria nomenclatura sugere, é *total*: não permite nada que esteja além do seu sistema cultural imposto⁵². Trata-se, pois, da corrosão dos valores morais da pessoa humana.

Quando a empresa, por exemplo, não respeita a personalidade de seus empregados, tisa o ambiente do trabalho, cria e fomenta a disputa acirrada entre seus empregados, nega o direito à filiação sindical como exigência para permanência no emprego, enfim, ela nada mais faz senão impor, à moda totalitária, o seu modelo cultural, ético, que não abre espaço às diferenças e não tolera dissidências. Tem-se, nesse caso, nada mais que o assédio moral – e não se falou até agora em quais eventuais danos tal assédio poderá causar.

É impossível também não invocar os ensinamentos de Hannah Arendt para falar acerca da figura de Eichmann. O alemão Adolf Eichmann foi um dos braços direitos de Hitler na execução de judeus durante a Segunda Guerra Mundial, e se responsabilizou pela identificação, transporte, logística, etc., de todos os seres humanos a serem exterminados, de acordo com as ordens por ele recebidas.

Eichmann, por ser tenente-coronel e responsável pelas execuções, por diversas vezes teve o mesmo papel de Pôncio Pilatos – decidir entre a vida e a morte. Mesmo assim, com o passar dos anos, ele deixou de sentir qualquer coisa. Nada o impediria de mandar

51 SOREL, Georges. **Reflexões sobre a Violência**. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 206-207.

52 ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 512.

matar, simplesmente porque a ordem era matar e, mais que isso, ele estava agindo não só em acordo com esta ordem, mas em acordo com o sistema legal de seu país. Desta feita, Eichmann não teve, jamais, qualquer crise de consciência, mesmo sabendo – como é comum a qualquer pessoa saber – que tirar a vida de outro ser humano, sem nenhuma razão, só pode ser um ato criminoso. Mas na Alemanha de Hitler isso não era uma aberração; era a regra. Destarte, “o mal, no Terceiro Reich, perdera sua maior qualidade, pela qual a maioria o reconhece – o aspecto da tentação”⁵³.

Esta é a forma pelo qual o mal é banalizado: quando ele se torna ordem, regra, norma passível de cumprimento diário: não se questiona o porquê de as coisas serem geridas como são, inclusive na cultura existente nas organizações empresariais, como anteriormente dito. Se uma empresa violenta sistematicamente os direitos fundamentais de seus empregados em nome da produção, justificando-se no princípio constitucional da livre iniciativa (que é fundada na valorização do trabalho humano, e não em sua degradação), nada há que se questionar. Tudo pertence à ordem natural das coisas, da produção, posto que é o econômico que determina o direito, e não o contrário, nesse pensar.

No entanto essas práticas, que se podem denominar como atos de violência instrumental, feitos com o escopo de atingir os objetivos unilateralmente impostos pelo empregador, moldar a personalidade dos empregados e o ambiente do trabalho tão-só pela vontade ditada pelo empregador, impregnar toda a empresa apenas com os valores patronais – e não os valores, também, das pessoas que produzem para a organização, numa prática manifestamente abusiva do poder diretivo do empregador, violentando direitos fundamentais dos empregados em todas as suas dimensões – a isto também se denomina assédio moral.

Para uma compreensão inicial do problema, cita-se Vincent de Gaulejac:

na empresa “performática”, o stress não é considerado uma doença profissional, mas um dado quase natural ao qual convém se adaptar. É bastante difundido que a “resistência ao stress” é exigida como uma qualidade necessária para se ter sucesso. Em vez de interrogar suas causas, aprende-se a “geri-lo”. Esta gestão consiste em domesticá-lo através de exercícios ou dispositivos variados [...]. Nesse domínio, a imaginação dos experts é sem limites. Não se procura resolver o problema atacando suas causas. O stress é considerado um mal necessário ao qual convém se adaptar, canalizando-se seus efeitos mais nocivos⁵⁴.

53 ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**, Trad. Sonia Orieta Heinrich. São Paulo: Diagrama & Texto, 1983. p. 162.

54 GAULEJAC, Vincent de. Do assédio moral ao assédio social. in: SEIXAS, Jacy; BRESCIANI, Maria Stella. **Assédio moral: desafios políticos, considerações sociais, incertezas jurídicas**. Uberlândia: EDUFU, 2006. p. 76

Esta visão de empresa é aquela que propicia práticas constantes de assédio moral, ainda que o assediador seja a própria estrutura da organização – melhor dizendo, sua cultura e *modus operandi*. A lesão reiterada à saúde psicofísica de um empregado, ou de um grupo de subordinados, assim como a lesão ao próprio ambiente de trabalho em si mesmo considerado, traduzem-se, também, em assédio moral.

Pertinente e relevante, neste contexto, o estudo de Carlos Eduardo Carrusca Vieira. O autor ora citado demonstra a relevância social do trabalho como um marco central na vida de qualquer pessoa. Os indivíduos traçam suas trajetórias e constroem suas identidades com base nos atributos qualificativos oriundos de seu ato de trabalhar⁵⁵. A importância que o trabalho adquire para a pessoa dos trabalhadores pode assim ser sucintamente descrita:

principalmente em razão do fato de que a vida diferenciou suas inserções, em virtude do recuo da mono-atividade e dos progressos da contingência biográfica, que o trabalho se acha de tal maneira investido pelos sujeitos. Eles requerem muito mais dele do que antes. Em particular, que ele seja um meio de realização de todas as vidas que julgam merecer. Mas também um meio de invenção destas vidas. O trabalho está portanto menos no centro e, em termos paradoxais, mais no centro. Menos no centro porque a vida profissional faz dele a parte de um todo que o ultrapassa amplamente. Mais no centro porque ele deve oferecer agora a cada um o poder de fazer algo de sua própria vida, de ser sujeito de sua história⁵⁶.

Ora, adquirindo o trabalho esta característica de *centralidade* na vida do homem, não é de se estranhar, como bem nota Carlos Eduardo Vieira Carrusca, que o assédio invada a moral do trabalhador para penetrar seu campo psicossocial. Conforme bem salienta o autor,

o fato de um caso de assédio ocorrer no âmbito do trabalho ganha pouco lugar nas análises que seguem o viés “psicologizante”. O local de trabalho parece ser concebido simplesmente como um “contexto”, sem particularidades importantes, no qual o assédio se desenvolve. Como uma contingência casual, não relacionada ao fenômeno. Pouco se diz acerca das razões pelas quais ele se apresenta nesse espaço e a respeito das particularidades desse fenômeno nesse âmbito⁵⁷.

O ambiente do trabalho está frequente e diretamente relacionado à forma como se manifesta o assédio moral. Não se trata de um dado isolado, mas de toda uma cultura que

55 VIEIRA, Carlos Eduardo Carrusca. **Assédio**: do moral ao psicossocial. Curitiba: Juruá, 2008. p. 140.

56 CLOT, Yves. **A função psicológica do trabalho**. Trad. Adail Sobral. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 73.

57 Op. cit., p. 97.

permeia os locais de trabalho e, a depender das práticas empresariais, poderá caracterizar-se como assédio moral.

Na esteira de suas corretas ponderações, Lis Andréa Pereira Soboll qualifica como assédio moral também a gestão por medo, “estruturada no mecanismo que tem a ameaça, implícita ou explícita, como estímulo principal para gerar adesão do trabalhador aos objetivos organizacionais”⁵⁸. Neste sentido, a já citada *violência instrumental* – porque instrumento destinado à satisfação dos interesses do empregador – é o que caracteriza verdadeiramente o assédio moral. O desrespeito frequente, prolongado ao longo do tempo, destinado a todo o grupo de empregados com a intenção de neles inculcar como necessária a adoção da ética empresarial como ética própria, ou a gestão baseada na ameaça de punições, de demissão, ou humilhações constantes que ferem a dignidade humana é, sem dúvidas, a forma de manipulação patronal que se utiliza do medo e da angústia engendrados no empregado como forma de aumentar a produtividade⁵⁹.

É nesse sentido que o assédio moral nem sempre tem como objetivo, apesar de a jurisprudência e doutrina contemporâneas prenderem-se a tal conceito, *minar a integridade psicofísica da vítima*. Muitas vezes a prática de assédio poderá restar difusa na própria cultura gerencial da empresa: quando se intensifica o ritmo produtivo à exaustão, por exemplo, e depois resultados são comparados num mesmo ambiente, a intenção do empregador pode ser a de deliberadamente promover uma espécie de “competição” no ambiente do trabalho para que se verifique quem é capaz de produzir mais. Embora tal prática não seja ilícita, num primeiro olhar, grande é o potencial de esta comparação não conseguir aquilatar, por exemplo, a qualidade da produção, a experiência ou in experiência de empregados que poderiam ensinar ou aprender melhor o trabalho, dentre uma série infinita de possibilidades. O problema é a consequência: quantos empregados poderão sentir-se diminuídos na empresa, já que não conseguem trabalhar “bem”, ao menos no conceito da empresa? Considerando a importância que o trabalho ocupa na vida de um ser humano – é central – um conceito equivocadamente de “competição” poderá engendrar muitas consequências.

Há um exemplo na obra de Carlos Eduardo Carrusca Vieira que parece demonstrar, com perfeição, a prática de assédio moral na forma comentada. O autor (que é Psicólogo) examinou o caso de Ricardo, vigilante de um banco afastado do trabalho em razão de Transtorno de Estresse Pós-Traumático. Cada vez mais Ricardo, o qual prestava serviços a

58 SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio Moral/Organizacional**: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008. p. 82.

59 EBERLE, André Davi; SOBOLL, Lis Andrea Pereira; CREMASCO, Maria Virgínia Filomena. Compreensões sobre o assédio moral no trabalho a partir da psicodinâmica do trabalho. in: GOSDAL, Thereza Cristina; SOBOLL, Lis Andrea Pereira (orgs.). **Assédio Moral Interpessoal e Organizacional**. São Paulo: LTr, 2009. p. 112.

um Banco de forma terceirizada, passou a ser visto como “chato” e “ridículo”, sendo alvo de zombaria por parte dos empregados bancários por ater-se demasiadamente às normas de segurança de sua empresa.

Curiosamente, por ser zeloso guardador das regras prescritas de conduta de seu verdadeiro empregador, os colegas que frequentavam o mesmo ambiente de trabalho tomavam-no como o chiste do “cadê seu crachá?”. Ricardo era desmoralizado, pelos colegas, perante clientes do Banco, vendedores de queijo, de revistas, de perfumes e cosméticos, enfim, pessoas as mais diversas que, embora não pertencentes ao quadro de empregados da empresa, perambulavam pelo ambiente do trabalho com assiduidade, lá desenvolvendo e estabelecendo relações. Nestas relações, passaram a valorar a figura de Ricardo negativamente, chegando até mesmo um dos bancários a ameaçar agredi-lo “lá na rua”⁶⁰. Como não relacionar esse assédio moral com o ambiente do trabalho da vítima? Não se tratou, à evidência, de perseguição psicológica do empregador e, mesmo sendo trabalho terceirizado, inexistiu prática atentatória à integridade psíquica do trabalhador por parte do Banco, que era o tomador de serviços.

Desta forma, não se pode tomar a causa pelo seu efeito: o desrespeito à dignidade da pessoa humana que seja reiterado, sistemático, protraindo-se no tempo, *poderá* causar danos psíquicos ou mesmo físicos a uma pessoa. Quando se atenta diretamente contra a dignidade humana, pode-se ter efeitos vários: dano moral, dano psíquico, dano físico, dano existencial ou, simplesmente, dano algum. De qualquer forma, ainda que sem danos, o assédio moral restará configurado.

A discussão em torno do conceito de assédio moral começa a ganhar relevo quando, em se verificando um dano – moral, psíquico, à saúde, estético ou existencial – se conduz à conclusão médica de que a doença profissional (ou relacionada ao trabalho) é derivada de um fenômeno, que pode ser definido como constrangimento organizado. Isso situa, de maneira irrefutável, o assédio moral não mais no âmbito da *perseguição psicológica*, mas como uma responsabilidade corporativa e organizacional da empresa⁶¹, organização esta patrocinada, conforme visto, pelo poder diretivo do empregador.

Consoante acima afirmado, o assédio moral existe por si só, independentemente dos danos que venha a causar. Responsabilizar civilmente quem pratica assédio moral, seja de qual forma ele se apresentar, é uma forma não apenas de *punir* quem cometa ilícitos, mas também de *prevenir* possíveis danos. Esta dupla função – *punitiva e preventiva* – conferida à responsabilização de quem pratique assédio moral, retirando de seu conceito qualquer viés “psicologizante”, qual se defendeu nestas letras, é uma forma pela qual o Judiciário

60 VIEIRA, Carlos Eduardo Carrusca. **Assédio**: do moral ao psicossocial. Curitiba: Juruá, 2008. p. 90.

61 GULOTTA, Guglielmo. **Il vero e il falso mobbing**. Milano: Giuffrè, 2007. p. 13.

poderá inibir um sem-número de casos de violência observados em relações de trabalho. Giselda Maria Novaes Hironaka desenvolve interessante trabalho acerca da responsabilidade civil que prescindia até mesmo do elemento *culpa*, que foi (e ainda é) muito caro à dogmática do direito civil: é preciso que o sistema de reparação civil, mormente por danos de natureza moral, tenha mais a noção de proteção aos direitos fundamentais do que, necessariamente, o ressarcimento ou a punição. Conforme a autora,

certamente têm razão os juristas da contemporaneidade que reclamam por uma construção legislativa que garantisse mesmo, não caso a caso, mas sob uma formatação mais genérica, essa hipótese de imputação legal de responsabilidade não individualizada, quer dizer, coletivizada, tendo em vista que tal providência retiraria a variação jurisprudencial que ainda existe e que pode conter, pelos seus traços de imutabilidade, resquícios de injustiça e ausência de equidade. Atualmente, a atenção de todo o sistema de responsabilidade civil se volta, assim como se disse, para as vítimas, não apenas porque os danos são mais graves, mas também, e sobretudo, porque em quase todos os casos o responsável tinha a possibilidade ou a obrigação de se garantir e garantir a segurança dos demais, aos quais acaba por vitimar⁶².

Embora a autora critique em termos a noção de “exposição ao risco” como cláusula geral para aferição da responsabilidade civil independentemente de culpa, pelo só fato de ser o conceito muito amplo e vago, crê-se que esta solução seria eficiente em se tratando da absoluta maioria das relações laborais havidas num ambiente do trabalho⁶³. Logicamente, esta fórmula de *cláusula geral* não retiraria outras específicas acerca do tema da responsabilidade objetiva, afinal, mais do que nunca se faz necessário ampliar significativamente “as fronteiras de conformação deste risco, para não entendê-lo apenas como um *risco material ou técnico*, mas senão, ainda, como um *risco pelo fato da organização* e mesmo como *um risco pelo fato de outrem*”⁶⁴.

No caso, pode-se notar que o risco deve-se à própria cultura existente na organização empresarial: como é o empregador que a engendra por inteiro, utilizando-se do feixe de múltiplos poderes contidos em suas diretivas empresariais, deverá ele responder objetivamente pela violação sistemática de direitos, prática essa que, do início ao final, está a propiciar ainda que potencialmente um dano de natureza qualquer. Isto porque o assédio moral é ato ilícito *per se*, sendo qualquer dano oriundo de sua prática objeto de tutela própria.

62 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 144.

63 Id., p. 281-342.

64 Id., p. 340-341.

4. Conclusões

Observou-se ao longo deste trabalho a modificação paulatina do conceito de assédio moral, tanto na literatura jurídica quanto na experiência, brasileira e estrangeira, relacionadas à conceituação do problema. Se inicialmente tido mais por seus efeitos do que por seu conceito mesmo, o assédio moral cada vez mais passa a ser enxergado como a lesão reiterada aos direitos fundamentais dos trabalhadores, e não, necessariamente, como a perseguição psicológica deliberadamente deflagrada contra um ou alguns indivíduos, embora os Tribunais ainda reconheçam nessa perseguição um requisito para configurar-se a prática de assédio moral.

A prática de assédio moral guarda autonomia em relação aos danos que poderá causar, sejam eles de natureza material, moral, estética, existencial ou psíquica. Quando o empregador – ou quem lhe faz as vezes (em regra superiores hierárquicos de alta envergadura na estrutura empresarial) – pratica atos que atingem um indivíduo, um grupo ou mesmo a coletividade da empresa e traz a violação a direitos fundamentais como *cultura organizacional*, certamente o dador de ordens estará a cometer ato ilícito, nas letras do artigo 187 do Código Civil. Ainda que deste ato não haja qualquer dano, mormente psíquico, para os subordinados em geral, a simples violação a direitos fundamentais travada de forma reiterada já constitui fenômeno digno de tutela, pela qual o empregador deverá ser punido com indenização pecuniária, a teor do artigo 927 do Código Civil. Esta indenização, que poderá voltar-se em benefício de um ou mais trabalhadores, ou fundo de natureza social, constitui forma eficiente de *punir* aquele que pratica assédio moral, além de *prevenir*, no âmbito da cultura e do poder existentes nas organizações, a sua prática.

Não há como considerar que a prática de assédio moral esteja intrinsecamente ligada a alguma perseguição psicológica deliberadamente travada contra alguém, a não ser em casos específicos. Quando vier a ocorrer tal fenômeno, por certo a tutela indenizatória à vítima será ainda maior, tendo em vista a extensão do dano provocado pela prática assediadora.

A figura de Eichmann, bem exposta por Hannah Arendt, confere a real dimensão destas considerações finais. A produção em larga escala, a necessidade contínua e inexaurível dos trabalhadores em geral em procurar por emprego, a dificuldade em encontrá-lo, a ética difundida nos meios empresariais de “dar o sangue pela empresa” e o “*mass media*” permitiram acreditar que qualquer meio para alcançar a produção e o sucesso da empresa são válidos.

Num primeiro momento, os empregados passam a acreditar que o sucesso da empresa depende do desempenho individual deles e, mais ainda, que o sucesso da empresa é seu próprio sucesso individual. No abismo da indistinção que os empregadores provocam, em colocar seus interesses como interesses dos próprios empregados, também aqueles que

permanecem do outro lado dos muros da empresa são um pouco Eichmann: acreditam na banalidade do mal, na legitimidade do empregador em cobrar as metas impostas aos seus empregados, na vigilância ostensiva que mantém sobre eles e, mais ainda: acreditam que é *normal* e, mais que isso, *aceitável* admitir o desrespeito sistemático a direitos fundamentais dos trabalhadores em nome da produção.

A explicação reside num argumento de relativa facilidade: tal prática não é vedada, explicitamente, pelo direito. O empregador possui o poder, conforme visto, tanto de organizar o ambiente do trabalho ao seu talante, como de regulamentá-lo, fiscalizá-lo e, mais ainda, punir o empregado que não se ativer às normas emanadas da autoridade patronal. Quando há relações subordinadas irregulares, clandestinas ou ilícitas a situação chega a ser pior, pois nem mesmo direitos sociais são conferidos a tais trabalhadores. E não raro tais práticas não são fenômenos esparsos ou isolados: são *políticas gerenciais*, ou seja, atos reiterados de desrespeito e afronta aos direitos dos trabalhadores – no caso, políticas gerenciais que utilizam o assédio moral como o instrumento violento apto a obrigar os trabalhadores a produzir para além de suas forças físicas ou psíquicas.

Nesse diapasão o ora proposto conceito de assédio moral poderá servir para a resolução, ao menos em parte, desses problemas vivenciados no interior das empresas – ou, em termos de educação social em direitos humanos, na paulatina destruição do Eichmann que existe em cada ser humano. Pela demonstração do reiterado desrespeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores, evidencia-se que a prática das empresas em pedir o máximo de seus empregados pela produção deve coexistir com a garantia de um ambiente do trabalho que respeite a pessoa humana em sua integralidade e na múltipla extensão de seus legítimos valores morais.

Havendo produção, mas sendo esta alcançada pelo desrespeito aos valores humanos dos empregados, por razões como cultura gerencial, afirma-se que se estará diante do conceito jurídico de assédio moral, que possui tutela própria e independente, para além de aplicar-se a empregados individualmente considerados ou a toda uma organização. Com a observação desses aspectos de cimeira importância, propõe-se contribuir para uma tutela mais eficiente dos direitos fundamentais dos trabalhadores em seus ambientes do trabalho, estejam tais pessoas em relações formais ou informais de emprego.

5. Referências

- ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de emprego**. Curitiba: Juruá, 2005.
- ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do Trabalho e Pós-Modernidade: fundamentos para uma teoria geral**. São Paulo: LTr, 2005.

- _____. **O Direito do Trabalho na Filosofia e na Teoria Social Crítica:** os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações. São Paulo: LTr, 2014.
- ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém:** um relato sobre a banalidade do mal, Trad. Sonia Orieta Heinrich. São Paulo: Diagrama & Texto, 1983.
- _____. **Origens do Totalitarismo.** Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- BARASSI, Lodovico. **Il diritto del lavoro:** le fonti, il rapporto di lavoro, le qualifiche. v. 1. Milano: Giuffrè, 1949.
- BENDIX, Reinhard. **Trabajo y autoridad en la industria:** las ideologías de la dirección en el curso de la industrialización. Trad. Ítalo A. Manzi e Ricardo Malfé. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1966.
- BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico.** Trad. Fernando Tomaz. 8.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- CAMERLYNK, G. H. **Traité de droit du travail:** contrat de travail. Paris: Dalloz, 1968.
- CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social:** uma crônica do salário. Trad. Iraci D. Poleti. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.
- CLOT, Yves. **A função psicológica do trabalho.** Trad. Adail Sobral. Petrópolis: Vozes, 2006.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- EBERLE, André Davi; SOBOLL, Lis Andrea Pereira; CREMASCO, Maria Virgínia Filomena. Compreensões sobre o assédio moral no trabalho a partir da psicodinâmica do trabalho. in: GOSDAL, Thereza Cristina; SOBOLL, Lis Andrea Pereira (orgs.). **Assédio Moral Interpessoal e Organizacional.** São Paulo: LTr, 2009. p. 105-138.
- ENGELS, Friedrich. Sobre a autoridade. in: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras Escolhidas.** v. 2. São Paulo: Alfa-Ômega, s/d. p. 183-187.
- EWALD, François. **L'Etat Providence.** Paris: Bernard Grasset, 1986.
- FERRARI, Iruny; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **História do trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1998.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder.** Trad. Roberto Machado. 21. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2005.
- _____. **Vigiar e Punir.** Trad. Raquel Ramallete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

- GAULEJAC, Vincent de. Do assédio moral ao assédio social. in: SEIXAS, Jacy; BRES-
CIANI, Maria Stella. Assédio moral: desafios políticos, considerações sociais, incer-
tezas jurídicas. Uberlândia: EDUFU, 2006. p. 71-82.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. **Acoso psíquico en el trabajo**: el alma, bien jurídi-
co a proteger. Madrid: Civitas, 2002.
- GULOTTA, Guglielmo. Il vero e il falso mobbing. Milano: Giuffrè, 2007.
- HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho**: redefinindo o Assédio Moral.
Trad. Rejane Janowitz. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Pressuposta**. Belo
Horizonte: Del Rey, 2005.
- LEBRUN, Gérard. **O que é poder**. 14. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996.
- MAGANO, Octavio Bueno. **Do Poder Diretivo na Empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- MELHADO, Reginaldo. **Poder e Sujeição**: os fundamentos da relação de poder entre
capital e trabalho e o conceito de subordinação. São Paulo: LTr, 2003.
- MESQUITA, Luiz José de. **Direito disciplinar do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1950.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. **El poder de dirección del empresario**. Madrid: Insti-
tuto de Estudios Políticos, 1965.
- MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao direito do trabalho**. v. 1. Rio de Janeiro:
Forense, 1956.
- NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaró. O assédio moral no ambiente do trabalho. **Re-
vista LTr**, São Paulo, v. 68, n. 08, p. 922-930. ago./2004.
- PACHECO, Mago Graciano de Rocha. **O Assédio Moral no Trabalho**: o elo mais fraco.
Coimbra: Almedina, 2007.
- PIZZOFERRATO, Alberto. Mobbing e danno esistenziale: verso una revisione della
struttura dell'illecito civile. **Contratto e impresa**, Padova, v. 18, n. 1, p. 304-321.
gen./apr. 2002.
- RADÉ, Christophe. Harcèlement moral et responsabilités au sein de l'entreprise: l'obscur
éclaircissement. **Droit Social**, Paris, n. 9/10, p. 826-833. sept./oct. 2006.
- ROMAGNOLI, Umberto. La libertad sindical, hoy. **Revista de Derecho Social**, v.4, n.
14, abr./jun. 2001. p. 9-23.
- RUSSELL, Bertrand. **O poder**: uma nova análise social. Trad. Brenno Silveira. São Paulo:
Companhia Editora Nacional, 1957.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: José
Konfino, 1972.

- SCOGNAMIGLIO, Renato. **Diritto del Lavoro**. 2. ed. Bari: Cacucci, 1984.
- SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio Moral/Organizacional**: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008.
- SOREL, Georges. **Reflexões sobre a Violência**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; GNATA, Noa Piatá Bassfeld (orgs.). **Trabalhos marginais**. São Paulo: LTr, 2013.
- VIEIRA, Carlos Eduardo Carrusca. **Assédio**: do moral ao psicossocial. Curitiba: Juruá, 2008.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E RELAÇÕES CONTRATUAIS TRABALHISTAS: RUPTURA DISCIPLINAR DO PACTO LABORAL DECORRENTE DAS IDEIAS, CRÍTICAS E REFLEXÕES EXPRESSAS PELO EMPREGADO NAS REDES SOCIAIS

PAULLA CHRISTIANNE DA COSTA NEWTON

Doutorado com menção “Doutorado Europeu” em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade de Valencia – Espanha, com instância de investigação na Universidade Clássica de Lisboa, em Portugal; Mestrado em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba (UEPB); Master em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade de Valencia – Espanha; Professora de Direito do Trabalho do Curso de Direito do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ) e professora titular de Direito do trabalho do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). *E-mail*: paulla.newton@gmail.com

SÉRGIO CABRAL DOS REIS

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Máster em *Teoría Crítica en Derechos Humanos y Globalización* pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, Espanha). Professor efetivo da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Professor da graduação e da pós-graduação do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Professor da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba (ESMAT XIII). Professor convidado da Escola da Magistratura Trabalhista de Pernambuco (ESMATRA VI). Professor convidado da Escola Superior da Advocacia da Paraíba (ESA-PB). Ex-juiz do trabalho no Paraná e em Sergipe. Juiz do Trabalho na Paraíba. *E-mail*: sergio.juiz@gmail.com

Resumo

A presente investigação aprecia o exercício do direito fundamental à liberdade de expressão e os potenciais conflitos nas relações contratuais trabalhistas decorrentes do uso das tecnologias da informação e da comunicação pelo empregado. Desta forma, examinam-se os preceitos essenciais que norteiam à liberdade de expressão e os valores limítrofes para o legítimo exercício deste direito fundamental. Nesta seara, os interrogantes cruciais que norteiam a temática em comento centram-se nos efeitos jurídicos oriundos das di-

retrizes fundamentais da liberdade de expressão consoante as manifestações de ideias, reflexões e críticas efetuadas pelo trabalhador, mediante a utilização das redes sociais e a aplicação da máxima penalidade disciplinar pelo empregador, com a consequente ruptura do pacto laboral. Logo, a tríade composta pelo direito fundamental à liberdade de expressão, as expressões manifestadas pelo empregado nas esferas virtuais e a dispensa disciplinar por falta grave do trabalhador protagonizam o debate adiante exposto.

Palavras-chave

Liberdade de expressão; Redes sociais; Dispensa disciplinar.

Resumen

La presente investigación tiene como objeto principal diseñar lineamientos sobre el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión y los probables conflictos derivados del uso de las tecnologías de la información y de la comunicación por el empleado en las relaciones laborales. Así, se lleva a cabo el análisis de los preceptos esenciales que comprenden la libertad de expresión y los límites reconocidos para el ejercicio efectivo de este derecho fundamental. Con efecto, el estudio examina los efectos jurídicos derivados de las directrices fundamentales de la libertad de expresión en relación con las manifestaciones de ideas, reflexiones y críticas vertidas en las redes sociales por el empleado, considerándose la aplicación de la máxima penalidad disciplinaria por el poder patronal, con la ruptura del pacto laboral. Siendo así, las discusiones presentadas en la presente investigación tienen como protagonistas el derecho fundamental a la libertad de expresión, las manifestaciones expresadas por el empleado en las redes sociales y el despido disciplinario del trabajador.

Palabras clave

Libertad de expresión; Redes sociales; Despido disciplinario.

1. Introdução

A sociedade contemporânea pós-moderna ou pós-industrial é uma sociedade complexa, pluralista e fragmentada, marcada pela revolução da técnica, pela mundialização da economia e pela massificação dos meios de comunicação.

Conforme preleciona AMARAL (2003), “pós-modernidade” é um conceito extremamente vago e ambíguo, utilizado, frequentemente, para rotular a sociedade contemporânea, ao exprimir ideias diversas que têm, como denominador comum, uma postura crítica e de desconstrução da modernidade estética e científica da primeira metade do século passado.

Em decorrência da pós-modernidade, estão em crise os modelos ideológicos de compreensão da realidade da época industrial. Transformam-se as circunstâncias da realidade e os modelos para a sua compreensão. A pós-modernidade caracteriza-se como uma era de incertezas e instabilidades, constatando-se a impossibilidade de dominação das conseqüências da tecnologia em suas mais amplas dimensões espaço-temporais (MORAES, 2010).

A violência, por força das incertezas decorrentes do avanço tecnológico, ampliou o seu potencial na pós-modernidade. Em outros termos, a lógica da competição exacerbada, o deslumbramento diante da novidade tecnológica e a ausência de valores éticos ou marcos regulatórios que definam limites e rumos, podem ameaçar a sobrevivência da própria humanidade.

É grande o volume de informações, mas, também de maneira paradoxal, a sociedade está condenada à superficialidade, inclusive pelo fato de que a estética vem em substituição à ética e a aparência torna-se mais importante que o conteúdo (SARMENTO, 2008).

Neste cenário emblemático e obscuro, em constante ebulição, constroem-se e aperfeiçoam-se novos paradigmas assecuratórios dos patamares mínimos para a coexistência humana. No conjunto de preceitos e direitos fundamentais de tutela aos cidadãos, a liberdade de expressão firma-se como pedra angular para o pleno desenvolvimento do caráter democrático e participativo dos indivíduos, no cerne dos Estados Democráticos de Direito.

A presente investigação tem como objeto geral o exame da relação entre o uso das redes sociais e a aplicação da máxima penalidade disciplinar pelo empregador, com a ruptura do pacto laboral por ilícito obreiro, considerando-se a perspectiva dos ditames de tutela do direito à liberdade de expressão.

Para tanto, utilizamos os métodos de procedimento analítico-descritivo e o comparativo. Sendo assim, dissecamos um conjunto de documentos internacionais, normativas e construções doutrinárias que abordam às temáticas propostas para o objeto investigado, priorizando uma abordagem crítica e reflexiva. Ademais, procedemos a uma análise jurisprudencial comparativa, com decisões derivadas dos tribunais brasileiros, espanhóis e dos Estados Unidos. A escolha pelos sistemas citados, explica-se pelos seguintes fatores: o Brasil é o país onde, amiúde, desenvolvemos nossas atividades profissionais e pesquisas acadêmicas; a Espanha é o país sede para o evento de internacionalização do CONPEDI, especificamente, em Madrid, nesse ano de 2015, e, os Estados Unidos por apresentarem uma decisão de considerável relevância para a questão da liberdade de expressão com relação às redes sociais.

Para o encadeamento lógico das ideias adiante expostas, propomos a bifurcação da análise em dois momentos. Preliminarmente, a especificação dos preceitos atinentes aos

fundamentos essenciais que norteiam o direito à liberdade de expressão e, em um segundo momento, o exame das dissonâncias pertinentes à relação do uso das redes sociais, dispensa por sanção disciplinar do trabalhador e os preceitos assecuratórios da liberdade de expressão.

Em seguida, procedemos aos argumentos finais e a apresentação dos instrumentos referenciais.

2. Direito Fundamental à Liberdade de Expressão

2.1. Fundamentos Objetivo e Subjetivo da Liberdade de Expressão

A liberdade de expressão constitui uma conquista fundamental para o constitucionalismo liberal. Sendo assim, o reconhecimento de tal direito representa um espaço de segurança para o cidadão em face ao Estado. Neste patamar, diversos documentos internacionais de tutela aos Direitos Humanos trataram, explicitamente, da construção de paradigmas essenciais para o respeito à liberdade de expressão no cerne da sociedade internacional.

Assim, entre os textos internacionais, destacamos o conteúdo exposto pelos regramentos mais relevantes, responsáveis por inspirarem os dispositivos constitucionais de um grande número de países. Com efeito, a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), em seu artigo 19, explicita que “todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e expressão”. O Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966) determina que “Ninguém poderá ser molestado devido às suas opiniões” (art.19, 1). Em âmbito americano, o art.4º da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) afirma que “Toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento por qualquer meio”. Em idêntico sentido, o art.13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) preconiza que toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Na seara Europeia, a Convenção Europeia para a proteção dos Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais (1950) posiciona-se em similar sentido, ao determinar que toda pessoa tem direito à liberdade de expressão, direito que compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de comunicar informações ou ideias sem a interferência das autoridades públicas (art.10).

Conforme o expresso no contexto dos regramentos internacionais, podemos inferir que o Direito Fundamental à liberdade de expressão compreende a manifestação de pensamentos, ideias e emissões de opiniões pessoais e crenças por parte de um determinado sujeito ou uma coletividade, sem a interferência abusiva dos poderes estatais.

MARTÍNEZ (2002) diferencia o conteúdo objetivo e subjetivo da liberdade de expressão. Dessa forma, sob a perspectiva objetiva, pode-se afirmar que os direitos

fundamentais encontram-se aparelhados por uma gama de diretrizes objetivas e garantias institucionais que originam diversas obrigações para os Poderes constitucionalmente investidos. Considera-se que, neste cenário, esta liberdade torna-se imprescindível para o exercício de outros direitos fundamentais, como também, para a plena consecução dos alicerces de toda sociedade democrática.

Visto deste modo, desdobram-se três consequências de essencial relevância para o nosso estudo: primeiro, enquanto direito fundamental, a liberdade de expressão irradia seus efeitos, como princípio objetivo, em todos os âmbitos do direito; segundo, sobeja a obrigação objetiva com relação aos poderes públicos de promoverem, fomentarem e conservarem o bem jurídico tutelado pelo direito fundamental em apreço; e, terceiro, o dever objetivo dos poderes públicos de consolidarem normas materiais e procedimentais para a efetiva consecução do direito fundamental à liberdade de expressão (MARTÍNEZ, 2002).

Logo, percebe-se uma amplitude efetiva com relação ao exercício e a consecução de paradigmas que norteiam o direito à liberdade de expressão em sua perspectiva objetiva. Assim, constituem titulares do direito à liberdade de expressão, todos os cidadãos, sem gravames discriminatórios. Em contrapartida, como princípio irradiante no cerne dos ordenamentos jurídicos, obriga tanto os poderes estatais constitucionalmente investidos, como também os particulares, no âmago das relações privadas constituídas.

Em seu conteúdo, o direito à liberdade de expressão desenha-se como direito subjetivo que consiste na manifestação exterior de expressões da consciência ou abstenção em fazê-lo, de forma livre e voluntária, sem a oposição, obstáculos ou interferências impostas pela potestade estatal.

A Doutrina Constitucional espanhola entende que a liberdade de expressão concretiza-se com a expressão subjetiva da pessoa, seja pensamento, ideia, crença, juízo de valor ou opinião, mediante a difusão através de meios naturais, como gestos e palavras ou mecanismos técnicos de reprodução (ESPANHA. Sentença do Tribunal Constitucional. Madrid. Competência Tribunal Pleno. Sentença 12/1982. Recurso de Amparo 227/1981. Publicação 31/03/1982).

Em território nacional, o Supremo Tribunal Federal deverá julgar, nos próximos dias, uma das questões mais emblemáticas sobre liberdade de expressão, já discutidas por aquela Corte. Trata-se do caso do jornalista sergipano José Cristian Góes que foi condenado civil e criminalmente pela publicação de uma crônica de ficção em seu blog, em maio de 2012. A crônica trazia referências à corrupção, ao nepotismo e ao coronelismo, sem a citação de nomes ou datas (HERVIEU, 2013). Acontece que, por ocasião da crônica apresentada pelo jornalista, o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe Edson Ulisses sentiu-se ofendido por algumas expressões utilizadas pelo autor em seu texto, tendo decidido processar o jornalista, civil e criminalmente. Processos que resultaram

favoráveis ao Desembargador, nas instâncias preliminares, sobejando, a decisão final pela Corte Suprema.

Ao considerar-se uma nítida afronta aos pilares da liberdade de expressão, o caso vem repercutindo vorazmente no cenário internacional, resultando em uma Reunião na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos e na confecção de um dossiê entregue à Relatoria de Liberdade de Expressão da Organização das Nações Unidas.

Neste patamar, não se pode obscurecer que as manifestações antagônicas, críticas, devem ser consideradas como legítimas, porquanto inerentes à pluralidade de expressões, pilar fundamental à construção das sociedades democráticas.

2.2. Diretrizes e Balizas ao Exercício Legítimo do Direito à Liberdade de Expressão

Enquanto direito fundamental, deve-se enfatizar que o direito à liberdade de expressão também possui paradigmas limítrofes para o seu exercício, relativizando-se quando em confronto com outros bens jurídicos de tutela fundamental ao pacífico convívio nas sociedades. Com efeito, há que se considerar como inviável a absoluta prevalência do direito à liberdade de expressão em detrimento de outros valores, de substancial relevância à vivência social. Por certo, o homem que não vive sob o domínio das normas não passa de uma besta selvagem (BAUMAN, 2014). E, para nos afastarmos deste estado bestial, as concessões recíprocas são necessárias, em prol do equilíbrio entre as garantias e os direitos constitucionalmente consagrados.

Neste contexto, a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) assevera que para o exercício dos direitos e liberdades, as pessoas submetem-se às limitações legalmente estabelecidas com a finalidade de assegurar o reconhecimento e o respeito em relação aos direitos dos demais sujeitos e para a satisfação da moral, da ordem pública e do bem estar geral (art.29, 2). Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1968), em seu inciso 2, do artigo 13 preconiza que o exercício do direito à liberdade de pensamento e expressão pode sujeitar-se a existência de responsabilidades ulteriores, as quais devem encontrar-se expressamente fixadas pela lei, sendo necessárias para garantir o respeito aos direitos ou à reputação dos demais sujeitos ou a proteção à segurança nacional, a ordem pública ou a saúde ou a moral públicas. Igualmente, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (1950) determina que o exercício da liberdade de expressão poderá submeter-se a determinadas formalidades, condições, restrições ou sanções, legalmente previstas, que constituam medidas imprescindíveis para a segurança nacional, a integridade territorial ou segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção de delitos, a proteção da saúde e da moral, a proteção da

reputação e dos direitos alheios, entre outros valores necessários à preservação da sociedade democrática (art.10, 2).

Portanto, a liberdade de expressão encontra balizas tanto no cerne das relações entre os particulares e a atuação dos poderes estatais, como nas relações de cunho estritamente privado. Assim as coisas, preliminarmente, concebem-se como limites os confrontos e conflitos entre o direito à liberdade de expressão e a presença de outro direito fundamental, os preceitos éticos e morais, e a ordem pública e a paz social.

De esta forma, cabe ponderar-se os valores tutelados com relação aos outros direitos fundamentais existentes, como os direitos da personalidade, considerando-se, nesta hipótese, a análise do caso em concreto e as circunstâncias que norteiam a situação.

Nesta seara, cabe considerar os ditames pertinentes ao princípio da proporcionalidade. Com efeito, seja como decorrência do Estado Democrático de Direito (concepção alemã), seja como decorrência do devido processo legal (concepção norte-americana), ou ainda como derivação do princípio da isonomia, é certo que a proporcionalidade é uma técnica fundamental de solução das inevitáveis colisões entre direitos fundamentais (TAVARES, 2007).

“A proporcionalidade é um valor, em virtude de que se caracteriza como metanorma, estando acima das normas jurídicas” (GÓES, 2004, p.71). Em outros termos, princípio autônomo (PEREIRA, 2006) ou mero postulado normativo aplicativo (ÁVILA, 2010), a proporcionalidade vincula a produção legislativa e a solução judicial de litígios à observância dos direitos fundamentais. Trata-se, enfim, de instrumento de interpretação jurídica e conteúdo da norma fundamental do Direito, já que “serve para analisar a relação entre interesses e bens que estejam em confronto” (PEREIRA, 2006, p.319).

Independentemente da concepção adotada, são elementos da proporcionalidade a “conformidade” ou “adequação” dos meios empregados, a “necessidade” ou “exigibilidade” da medida adotada e a “proporcionalidade em sentido estrito”. Esses dois primeiros elementos correspondem aos pressupostos fáticos do princípio, enquanto que o último equivale à ponderação jurídica destes (TAVARES, 2007, p. 685).

A adequação dos meios a serem utilizados diz respeito à correlação entre meio e fim, da razoabilidade do meio selecionado ao objetivo. Pela idoneidade ou adequação, em outros termos, exige-se que toda restrição aos direitos fundamentais seja idônea para o atendimento de um fim constitucionalmente legítimo (PEREIRA, 2006). Conforme esclarece ÁVILA, “um meio é adequado quando promove minimamente um fim” (ÁVILA, 2010, p.185).

A exigibilidade equivale à melhor escolha, dentre os meios adequados, para atingir a finalidade. Nas palavras de ÁVILA, “um meio é necessário quando não houver meios

alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados” (ÁVILA, 2010, p.185).

Enquanto na necessidade do meio empregado para realizar a finalidade jurídica a ser concretizada no caso, busca-se otimizar as possibilidades “fáticas”, procura-se, na proporcionalidade em sentido estrito, otimizar as possibilidades “jurídicas”, com balanceamento ou ponderação entre os valores previstos na ordem jurídica quanto às desvantagens do meio em relação às vantagens do fim perseguido (TAVARES, 2007), mas sem ferir o conteúdo essencial de um direito fundamental ou viabilizar um intolerável desrespeito à dignidade humana (GUERRA FILHO, 2003). No particular, ÁVILA é enfático: “O meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais” (ÁVILA, 2010, p.185).

No âmago das relações laborais, deve-se recordar que a existência do pacto laboral entre empregado e empregador pressupõe um conjunto recíproco de direitos e obrigações, capitaneado pelo dever de lealdade e boa fé. De forma que, manifestações da liberdade de expressão que podem ser legítimas em outras situações, poderão representar quebra dos deveres contratuais quando manifestadas no contexto do vínculo laboral (MARTÍNEZ, 2002).

De esta forma, ante o pacto laboral, não se pode admitir a adoção pelo sujeito contratado de comportamentos, práticas e expressões deliberadamente nocivas ao contratante, em explícita violação aos deveres contratuais de natureza não patrimonial, como a lealdade, a boa fé e a confiança.

Sem embargo, cabe salientar que o trabalhador não estará privado, de forma absoluta, do seu direito fundamental de liberdade de expressão. Isto seria absurdo para os preceitos singulares da cidadania, pluralidade e democracia. O que se busca preservar é, precipuamente, a conservação de uma relação contratual pautada nas diretrizes da boa fé e da lealdade e, por outro lado, a exteriorização legítima e ordenada das ideias e opiniões do trabalhador, com base no exercício constitucionalmente assegurado do seu direito à liberdade de expressão.

Direito fundamental e relação contratual privada devem coexistir harmonicamente, de forma a conferir-se uma perfeita adequação das basilares diretrizes contratuais à livre manifestação das ideias, opiniões e reflexões do trabalhador. Neste aspecto, em particular, a tarefa torna-se árdua, posto que há uma linha tênue, com ampla carga de subjetividade, entre as manifestações explícitas do preceito fundamental de liberdade de expressão e a observância estrita das diretrizes da boa fé contratual, conforme as reflexões ofertadas no tópico seguinte.

3. Dissonâncias Oriundas da Ruptura do Contrato de Trabalho por Infração Obreira Decorrentes do Uso das Redes Sociais pelo Trabalhador. Aspectos Propedêuticos

A ruptura do contrato de trabalho constitui a máxima sanção aplicada ao trabalhador, conforme prerrogativa inerente ao poder disciplinar do empregador contratante.

Nestes termos, a prática de uma infração grave pelo empregado viabiliza a desconstituição justificada do pacto laboral pelo empregador, por impossibilidade absoluta de continuidade do vínculo empregatício. Hipótese em que o empregador exime-se do pagamento das parcelas indenizatórias.

Vale enfatizar que no ordenamento jurídico brasileiro, a gravidade do ilícito praticado pelo trabalhador para justificar a dispensa disciplinar, pressupõe a existência de uma tipificação expressa pelo legislador trabalhista. Condutas descritas no rol do artigo 482 da Consolidação das leis trabalhistas (BRASIL, 1943).

Sob a ótica da aplicação da penalidade disciplinar, cabe ressaltar que o uso das redes sociais pelo trabalhador encontra-se adstrita a hipóteses diferenciadas, conforme o modo, o objetivo e o meio no qual o trabalhador utiliza os meios informáticos. Nesta seara, cabe diferenciarmos três situações corriqueiras geradas pelo uso das redes sociais e suas consequências para as relações de trabalho: o uso das redes durante a jornada laboral; o uso das redes sociais em meio privado, mas com vinculação expressa ao exercício das atividades laborais e os comentários e expressões ideológicas nas redes sociais.

3.1. Uso das Redes Sociais Durante a Jornada Laboral

Com relação ao uso das redes sociais no curso da realização das atividades, cabe verificar a legitimidade na utilização das mesmas pelo trabalhador, de maneira a não trazer efeitos nocivos ou potenciais danos à organização da estrutura empresarial.

Nesse particular, torna-se inadmissível que o empregado utilize-se das redes sociais de forma que coloque em risco à segurança das informações empresariais, atente contra as normas impostas pelo empregador para coordenar o uso dos meios informáticos ou prejudique o seu rendimento e a sua produtividade.

Resulta óbvio que, o acesso abusivo das redes sociais pelo trabalhador durante o horário destinado ao exercício das atividades laborais conduz ao rompimento do pacto laboral por grave quebra da boa fé contratual, viabilizando a aplicação da sanção máxima pelo empregador.

Igualmente configurar-se-á como abusivo o uso se a empresa proíbe, expressamente, a utilização dos computadores para atos alheios à atividade laboral, mediante a adequação de regras para o acesso dos recursos informáticos. Sem embargo, há uma tendência na jurisprudência social espanhola em não reconhecer-se a procedência do despido disciplinar do trabalhador, mesmo quando ele se utilize dos meios informáticos para situações particulares durante a jornada laboral, quando a empresa não o tenha informado, categoricamente, sobre as restrições para o uso destas ferramentas no ambiente laboral (GRANDE; GORDILLO, 2013).

Por certo, torna-se pressuposto para a configuração da infração obreira a tipificação ante a legislação trabalhista; sendo assim, cabe ao empregador nortear a conduta dos seus contratantes subordinados através da fixação de diretrizes comportamentais para o uso das tecnologias de informação e comunicação, deixando explícito a gravidade da conduta aos que desrespeitarem às ordens legitimamente impostas.

Por sua vez, a Alta Corte trabalhista brasileira desconstituiu uma ruptura do contrato de trabalho por ilícito do trabalhador que desrespeitou norma interna de conduta, imposta pela empresa para regulamentar o uso dos meios informáticos. Com efeito, em 2008, uma indústria metalúrgica de São Paulo demitiu um empregado por infração obreira, pelo fato de ter o obreiro acessado o Orkut durante o expediente, deixando armazenado no computador da empresa um registro fotográfico do seu órgão genital. O empregador alegou descumprimento de norma interna que vedava o acesso a sites de relacionamento. No entanto, o Judiciário trabalhista desconstituiu a sanção disciplinar, tendo entendido que a sanção foi aplicada de maneira excessiva, não sendo o fato grave o suficiente para ensejar a ruptura contratual, mesmo encontrando-se o trabalhador ciente desta proibição no curso das atividades laborais (BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Sétima Turma. Processo AIRR-58700-51.2008.5.02.0472, DJE: 02|10|2014).

In casu, inferimos que a análise do judiciário trabalhista brasileiro priorizou o caráter pedagógico para a aplicação da sanção disciplinar pelo empregador. Ou seja, primando pela aplicação de penalidades menos severas, como advertência ou suspensão, antes da ruptura do contrato de trabalho, no intuito de reeducar o obreiro para que não volte a reincidir no comportamento abusivo, preservando-se o vínculo laboral.

A segurança da organização empresarial também deve ser resguardada como aspecto essencial ao adimplemento das obrigações contratuais pelo empregado. Não é admissível que o trabalhador, ainda que em caráter jocoso, exponha a potencial risco, a segurança da empresa, clientes, empregador ou terceiros, por expressões de conteúdo nas redes sociais.

A jurisprudência espanhola nos brinda com a procedência de uma dispensa disciplinar de uma trabalhadora de um supermercado que postou fotos em Facebook com seu cartão privativo de identificação, da caixa forte utilizada pelo empregador, assim como a localização da mesma, em explícito desrespeito às mínimas diretrizes de segurança (ES-PANHA. Sentença do Tribunal Superior de Justiça de Andaluzia, Ceuta e Melilla. Sala do Social. Granada. Sentença 2629 /2011. Processo Recurso de Suplicação 2333 /2011. Publicação 10|11|2011). Não há como obscurecer os reflexos perniciosos do ato da trabalhadora para com os principais deveres inerentes ao contrato laboral, colocando em risco concreto o patrimônio empresarial, a segurança da empresa e a integridade dos próprios funcionários e inclusive de outros sujeitos.

O uso abusivo dos meios informáticos e das redes sociais pelo empregado poderão conduzir à ruptura do pacto laboral pelo empregador se a conduta do obreiro resultar em prejuízos à realização das atividades trabalhistas e na hipótese em que o empregador estabeleceu regras claras, precisas e determinadas sobre o uso dos meios informáticos no curso das atividades laborais. Tornando-se claro para o trabalhador que o uso abusivo dos meios informáticos constitui ilícito grave, nos moldes das diretrizes disciplinares fixadas previamente pelo empregador.

Neste sentido, a Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho reformou decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS), determinando a não concessão das férias e do décimo terceiro salário proporcionais a um trabalhador dispensado por falta grave, reafirmando os dispositivos da Súmula 171 e da Lei 4.090| 62, os quais restringem o pagamento à dispensa não motivada. No contexto, o trabalhador, agente administrativo da Companhia Riograndense de Saneamento – Corsan, teve o seu contrato de trabalho extinto pela aplicação de sanção disciplinar como decorrência de falta grave do trabalhador, motivada pelo acesso de 867 sites de conteúdo suspeito e não direcionados às atividades laborais por ele pactuadas, em apenas dois dias.

O fato foi constatado pelo empregador, através do monitoramento dos meios informáticos pela área tecnológica da empresa, tendo o empregador alegado, ademais, que a fiscalização no âmbito tecnológico também constatou que o trabalhador havia instalado um programa para burlar o Proxy da rede e a contaminação e propagação de um vírus o qual atingira o servidor da empresa.

No panorama supra, resta claro que o empregado burlou, conscientemente, vários aspectos fundamentais à preservação do contrato de trabalho, resultando na conseqüente sanção disciplinar e ruptura do pacto laboral (BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Sexta Turma. Processo ARR-184-34.2011.5.04.0001).

Assim, vale salientar que os empregados devem adotar posturas adequadas no ambiente eletrônico e, em hipótese alguma, utilizar-se dos meios informáticos | eletrônicos para a realização de contatos íntimos, prática de ofensas, atos ilícitos ou antiéticos.

Por outro lado, cabe ressaltar que a doutrina jurisprudencial do Supremo Tribunal Espanhol (ESPAÑA. Sentença do Tribunal Supremo. Madrid. Sala do Social. 1ª Turma. Sentença 8876/2011. Recurso de Cassação 4053/2010. Publicação 06/10/2011), consagra que as políticas empresariais de controle ao uso dos meios informáticos pelo empregado, deverão explicitar, ademais, sobre o monitoramento e o controle de tais ferramentas laborais para que os registros sejam lícitos e as provas obtidas por tal poder fiscalizatório do empregador sejam considerados como legítimas.

De qualquer modo, torna-se aconselhável para assegurar a segurança jurídica de contratantes e contratados, adequar apartados na regulamentação da empresa que tratem

sobre a postura dos trabalhadores no uso das redes sociais, abstendo-se de expressões de pensamentos que possam trazer conseqüências danosas à moral, à honra e à integridade física e | ou psíquica dos sujeitos envolvidos com às atividades laborais.

Desta forma, a estipulação de normas comportamentais sobre postura e conduta no uso das tecnologias no ambiente de trabalho, poderá ser efetuada pela empresa, diretamente, como medida decorrente do poder de organização, inclusive através de manuais e cartilhas informativas, perfilando as boas práticas no ambiente laboral; ou poderá encontrar previsão na norma coletiva negociada.

3.2. *Uso das Redes Sociais em Meio Privado, com Vinculação Expressa ao Exercício das Atividades Laborais*

Nesta hipótese há uma nítida expressão nas relações laborais de comportamentos que, *a priori*, constituem atos da vida privada do trabalhador. Sendo assim, a própria rede social consolidará o instrumento probatório para o ilícito obreiro, viabilizando a ruptura disciplinar pelo empregador.

Neste âmbito a jurisprudência é farta, ao tratar-se de severos inadimplementos das obrigações contratuais pelo trabalhador, em nítida afronta aos princípios basilares que regem as relações não patrimoniais no contrato de trabalho. Não há como olvidarmos que existe um código legal de condutas, impostas ao trabalhador e que, quando afrontadas, admitem a ruptura disciplinar pelo empregador, com as respectivas sanções econômicas aplicáveis.

Neste panorama, a relação laboral encontra-se viciada pela quebra da boa fé contratual por parte do trabalhador contratado. A rede social tão somente apresenta-se como reflexo de uma falta grave, legalmente tipificada, que já havia sido praticada pelo empregado, a partir do momento em que se configura o *animus* para lesionar o sujeito contratante.

Ilustrativamente, pode-se apontar como hipóteses que conduzem a ruptura disciplinar do pacto laboral, situações nas quais o trabalhador encontra-se afastado das atividades por incapacidade temporária para o trabalho em virtude de depressão, mas publica em redes sociais fotos em festas e com a ingestão de bebidas alcoólicas. Resta clara a intenção de lesionar a parte contratante, mediante o uso de artifícios medonhos para ludibriar a boa fé patronal (ESPANHA. Sentença do Tribunal Superior de Justiça de Madrid. Sala do Social. 5ª Turma. Sentença 00032/2012. Recurso de Suplicação 3803/ 2011. Publicação 23|01|2012).

Ora, o contrato laboral envolve sinalagmas, cabendo ao trabalhador prestar os serviços, ao mesmo tempo que corresponderá ao contratante o pagamento da contraprestação. Se não há realização das atividades pelo empregado, de forma livre e voluntária,

sem qualquer motivo legalmente justificado, igualmente, não haverá o pagamento da contraprestação. A normatização social veda o locupletamento. Se o empregado se utiliza de estratagemas para burlar a ordem lógica do pacto laboral, claro estará a afronta aos preceitos de probidade, pedra angular para dito contrato.

Em idêntico sentido, uma sentença do Supremo Tribunal Espanhol declarou como procedente, a dispensa disciplinar de uma trabalhadora que após iniciar os trâmites para o afastamento temporário de suas atividades, por motivo de enfermidade, viajou até Madrid, postando fotos em facebook de um passeio em um parque, que havia realizado com suas amigas (ESPANHA. Tribunal Superior de Justiça Astúrias. Sala Social de Oviedo. Sentença 01333|2013. Processo Recurso de Suplicação 0000241|2013. Publicação 14 |06| 2013).

Sob similar ângulo, os perfis nas redes sociais também poderão servir como mecanismos probatórios valiosos para a processualística trabalhista. Ou seja, para comprovar a infração do trabalhador, conforme expostos nos casos anteriormente citados ou no tocante a outros aspectos essenciais ao legítimo cumprimento do contrato de trabalho.

Neste último sentido, em Santa Catarina, uma empresa apresentou o perfil profissional do trabalhador no Twitter e no LinKedIn como prova para tentar desconstituir o vínculo empregatício com um representante comercial, contestando a presença do vínculo com a hipótese de tratar-se de representante comercial autônomo, ao apresentar-se como representante de outras empresas. Tentativa frustrada, posto que o judiciário trabalhista, pós análise do conjunto probatório, reconheceu a existência do vínculo (BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Sexta Turma. Processo AIRR-1390-19.2012.5.12.0036. DEJT 04|12|2014).

O Tribunal Superior do Trabalho brasileiro também se posicionou no sentido de conceder danos morais aos antigos empregadores, dois médicos veterinários, de uma ex-funcionária de uma clínica veterinária que utilizou-se de sua página, em uma rede social, para proferir expressões agressivas contra os ex-contratantes, admitindo, inclusive, que havia procedido com comportamentos inadequados contra os animais dos patrões. Para instruir o citado processo, os ex-empregadores da trabalhadora buscaram o Tabelionato de Notas e Registro Civil para a expedição da ata notarial de constatação de conteúdo de endereço da Internet, com a íntegra transcrição das conversas expostas pela antiga funcionária (BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Quinta Turma. Processo RR-625-74.2011.5.09.0001. Publicação 20|11| 2012).

Consideramos coerente a decisão da Corte trabalhista. Por certo, apesar dos comentários terem sido postados após a ruptura do pacto laboral, resta nítido, ao senso comum, que a conduta ilegítima houvera sido praticada em pleno desenvolvimento das atividades pertinentes ao vínculo empregatício, tendo a empregada confessado, inclusive, a prática

de atos criminosos contra animais, o que, efetivamente coloca em risco concreto a imagem dos serviços ofertados pelo estabelecimento.

Ademais, os perfis nas redes sociais passam a ser utilizados, no âmbito processual, como meio de provas, tanto se o empregado utilizar expressões que comprometam à imagem da empresa ou ofendam à honra do empregador ou ainda como meio comprobatório da desídia do trabalhador em pleno horário e local de trabalho.

3.3. *Comentários e Expressões Ideológicas nas Redes Sociais*

Esta, indubitavelmente, constitui a hipótese mais emblemática para a configuração da ruptura do contrato de trabalho pela aplicação da sanção disciplinar oriunda do poder patronal. Situação que compõe o eixo central da presente investigação, por apresentar interrogantes e obscuridades quando em cotejo com as fundamentais garantias à liberdade de expressão, estatuídas pelos documentos internacionais e cartas constitucionais que abordam à temática.

Sob esta perspectiva, enfatiza-se que grande parte da doutrina especializada e os Tribunais Sociais albergam a tese de que os essenciais pilares do pacto laboral, baseados na confiança e na boa fé entre os sujeitos contratantes, apresentam-se desconstituídos quando a parte contratada realiza comentários, reflexões e publicações em redes sociais ou outros sítios da *web* que representem graves violações aos deveres inerentes ao contrato laboral.

Assim, torna-se comum a ruptura do pacto laboral por sanção disciplinar imposta pelo empregador como resultado de expressões públicas efetuadas pelo trabalhador em redes sociais e que coloquem em risco à segurança e à ordem econômica da empresa e à integridade física e psíquica dos indivíduos, relacionados ao vínculo laboral. As punições mais severas ao trabalhador baseiam-se na argumentação de configurarem agressões explícitas aos direitos fundamentais e às garantias contratuais, preconizadas em todo e qualquer contrato de trabalho.

Por outro lado, torna-se inconcebível que o livre pensamento do trabalhador, em seus reflexos expressivos, mediante postagens nas redes sociais possam ser tolhidos em face ao arbítrio do empregador, travestido de poder disciplinar. Há que se respeitar, tutelar e assegurar as expressões livres de consciência e ideologias, direito de todos os indivíduos, resplandecente nos Estados Democráticos de Direito.

Sob este aspecto, cabe apartar duas condutas diferenciadas pertinentes ao uso das redes sociais pelo trabalhador: o exercício legítimo do direito fundamental à liberdade de expressão, das transgressões abusivas violadoras da boa fé, confiança e lealdade no cumprimento das obrigações contratuais. Eis, pois, os esclarecimentos que apresentamos no tópico seguinte.

4. O Direito Fundamental à Liberdade de Expressão do Trabalhador no Uso das Redes Sociais. Paradigmas e Incongruências

Há um tênue liame entre o legítimo exercício do direito fundamental à liberdade de pensamento e suas expressões nas redes sociais com relação aos comportamentos abusivos e violadores do pacto laboral. Diferenciar os paradigmas entre o correto e as contravenções pode tornar-se tarefa das mais árduas ao analisarmos os efeitos nos casos concretos.

Em território nacional, uma auxiliar administrativa da São Paulo Transportes S.A. (SPTrans), empresa que administra o transporte público, foi dispensada por justa causa pela postagem, no facebook, de severas críticas à Prefeitura Municipal de São Paulo. O Judiciário trabalhista compreendeu a dispensa como imotivada, posto ter sido a crítica dirigida ao governo municipal e não à empresa contratante (BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. 8ª Turma. Processo AIRR-2678-80.2012.5.02.0003. DEJT 18|09|2014).

Nessa hipótese fulgurou uma separação entre o ente contratante e o governo municipal para asseverar como legítima as reflexões contra este último. O grande questionamento centra-se no fato de que se, porventura, na situação em exame, a trabalhadora se posicionasse de forma contestadora sobre o serviço ofertado pela empresa, talvez a decisão do judiciário houvesse sido outra. Hipótese que nos leva a indagar: ao posicionamento e reflexões da trabalhadora, nesta última hipótese, agora aventada, caberia o tratamento como liberdade de pensamento ou ilícito punível?

Por outro lado, cabe ressaltar que se a trabalhadora piamente acredita, no mundo de suas ideias, que os serviços prestados pelo sujeito contratante não são zelosos para com o cidadão, por algum motivo. O fato é que, mesmo ciente disso, a trabalhadora não poderia expressar-se de tal forma nas redes sociais, sob pena de ter o seu contrato extinto por falta grave? Ao respondermos afirmativamente o questionamento proposto, estaremos anuindo pela existência de uma limitação grandiosa à liberdade de expressão do trabalhador em função da existência de um pacto laboral.

Situação de alta complexidade, uma vez que envolve à esfera privada do trabalhador, posto que a falta grave extrapola os limites do ambiente laboral para colocar em constante vigilância a vida do trabalhador, mesmo quando este se encontra fora do alcance direto do controle do poder patronal.

Com efeito, cabe diferenciarmos dois comportamentos relacionados ao uso das redes pelo empregado: os ilícitos que poderão ser punidos, ainda quando praticados fora do local de trabalho e os atos legítimos do trabalhador e que não possuem conexão direta com as atividades desenvolvidas e que, portanto, são estranhos às suas obrigações laborais.

Diante do comportamento do contratado, o grande temor, para o contratante, trata-se do impacto lesivo que as postagens realizadas pelo trabalhador, poderá ocasionar à imagem da empresa, acarretando reflexos negativos no ambiente de trabalho ou

consequências nefastas à reputação do produto e | ou serviços prestados. Por certo, “La imagen de la empresa se lacera cuando, en lugar de ser un cliente, es el mismo empleado quien la menosprecia” (NOTA, 2012, p.294).

Neste patamar, cabe ressaltar as situações em que a vida privada e a intimidade do trabalhador acabam mesclando-se com o exercício de suas atividades laborais, mediante a propagação de conteúdo, via redes sociais.

O certo é que quanto mais nos aprofundamos na análise, maiores são os percalços labirínticos que encontramos.

Ilustrativamente, podemos citar o caso de um técnico de qualidade do Consórcio Santo Antônio Civil, responsável pela construção da Hidrelétrica de Santo Antônio, em Rondônia, teve o seu contrato de trabalho extinto por falta grave, após serem divulgadas imagens íntimas do seu namoro com uma colega de trabalho, gravadas com o celular desta última. O vídeo tornou-se um viral entre os colegas da obra. Semanas após o ocorrido o técnico foi demitido por incontinência de conduta, acusado pelo escândalo difundido entre os demais integrantes da obra. O empregado negou veementemente que houvera participado na publicação das cenas entre os companheiros de trabalho.

A sentença de primeira instância desconstituiu a justa causa, observando a inviolabilidade da intimidade e da vida privada no tocante à gravação das cenas, não existindo provas de que a divulgação do vídeo partira do trabalhador acusado pela prática do ilícito trabalhista. *In casu*, o contratante foi condenado ao pagamento das verbas rescisórias e a indenização por dano moral. Desfecho confirmado pelo TRT da 14ª Região (RO/AC), e pelo TST, ao negar o agravo de instrumento impetrado pela parte sucumbente (BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma. Processo AIRR-2086-80.2010.5.14.0000. DEJT 28|09|2012).

Resta óbvio que apesar da repercussão negativa no terreno laboral, o contexto apresenta-se como preceito crucial para o exercício da liberdade em atos da vida privada do trabalhador. De fato, gravar imagens íntimas em seus relacionamentos afetivos e postá-las em redes sociais não nos parece campo prolífero para a ingerência patronal na esfera de liberdade do trabalhador. Recordando que outras responsabilidades, cíveis e | ou criminais poderão ser fixadas, dependendo de como as gravações foram efetuadas.

Por outro lado, expressões singelas nas redes sociais poderão ser tão significativas, no sentido de exprimir anseios e perspectivas, conforme o contexto no qual se apresentam. Nesse patamar, cita-se o fato de que o simples ato de “curtir” uma postagem no Facebook, por exemplo, poderá simbolizar a concordância com uma infinidade de opiniões, ideologias, expressões. De esta forma, o simples ato de clicar um botão para uma determinada postagem nas redes sociais pode tornar-se algo tão concreto quanto os prolongados discursos que, amiúde, encontramos nas redes.

O grande questionamento que podemos apresentar, sob esta perspectiva, é se a manifestação real do pensamento do trabalhador, ao concordar com alguma postagem negativa para o âmbito subjetivo do empregador, constitui ato ilícito justificável da dispensa por infração obreira.

Podemos ilustrar as veredas de nossos pensamentos com um caso concreto, recentemente discutido em nossos tribunais. A Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negou provimento ao agravo interposto por uma enfermeira da Unidade de Tratamento Intensivo (UTI) do Prontolinda Ltda., em Olinda (PE), que foi dispensada por justa causa após efetuar postagens de fotos suas e da equipe de trabalho, tiradas durante o expediente laboral. Na ação, a enfermeira pedia a descaracterização da justa causa e o pagamento de dano moral (BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Segunda Turma. Processo AIRR - 5078-36.2010.5.06.0000. DEJT 03|05|2012).

O caso supra nos conduz a tecer algumas considerações, suscitando-se elementos conflitantes. Pois bem, a foto foi postada por um trabalhador em específico, tendo sido o único demitido com base no ilícito decorrente do fato em comento. Acontece que, as fotos apresentam um grupo de trabalhadores da saúde. E os demais trabalhadores que anuíram com a exposição de suas respectivas imagens na rede social, seja através da anuência com a publicação, mediante os comentários postados na interface virtual ou pressionando o botão, de maneira favorável, ao conteúdo exposto na rede social?

Com efeito, assemelha-se à criação de dois sistemas diferenciados para aplicação da sanção disciplinar: punir àquele que postou a imagem e perdoar os que não postaram à imagem, mas posicionaram-se em sentido favorável ao contexto. Resultando em favorecimento do direito à liberdade de expressão de alguns trabalhadores e restrição à liberdade de expressão de outros. O que nos parece antagônico e pouco confiável, na perspectiva da segurança jurídica.

É fato que se alguém posta reflexões relacionadas com a apologia ao crime ou xenófobas e um outro sujeito “curte” tais postagens, livremente estará aderindo àquelas concepções. Pois bem, trata-se de uma afirmação concreta de expressão dos pensamentos. Sendo assim, em solo norte-americano, uma sentença prolatada pelo Quarto Tribunal de Apelações de Virgínia considerou que pressionar o botão de curtir para um comentário, foto ou página de facebook, encontra-se amparado pela Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos que tutela a liberdade de expressão, e, por conseguinte, passando ao *status* de garantia constitucional. Os magistrados também consideraram que ao apertar o botão “curtir” na rede social, o cidadão está efetuando uma declaração substancial¹, ato

1 Ver sentença da Corte de Virgínia: “In sum, liking a political candidate’s campaign page communicates the user’s approval of the candidate and supports the campaign by associating the user with it. In this

de liberdade de expressão (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Fourth Circuit No. 12-1671 (4:11-cv-00045-RAJ-TEM), 23 de setembro de 2013).

Não há como estabelecermos, de maneira cartesiana, uma fórmula determinante para distinguir o que pode ser considerado como falta de máxima gravidade praticada pelo trabalhador no uso das redes sociais da manifestação legítima do direito fundamental à liberdade de pensamento, consciência e crenças.

A título de curiosidade, cabe reportar uma decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. A Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (TRT-10) decidiu que a postagem de mensagem em rede social, no curso do aviso prévio não autoriza a conversão em dispensa por justa causa. No processo em curso, um auxiliar de serviços gerais foi demitido sem justa causa do Instituto Euro Americano de Educação e Tecnologia, em outubro de 2013. Durante o cumprimento do aviso prévio indenizado, o trabalhador divulgou comentários ofensivos sobre a instituição em sua conta de Facebook, para um grupo de amigos. O empregador recorreu ao judiciário trabalhista para converter a ruptura sem falta grave em ruptura derivada de sanção disciplinar do trabalhador.

Para a Corte Recursal não houve intenção em ofender, tratando-se de mero desafo do trabalhador, insatisfeito pelo rompimento do pacto laboral. Ademais, entendeu o Relator do processo que a reversão em dispensa disciplinar apenas seria possível se o empregador houvera tomado ciência de faltas graves praticadas pelo trabalhador, antes da dispensa; sendo que, a hipotética ação ilícita, situada no caso, ocorreu após a dispensa do obreiro (BRASÍLIA. Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região. Segunda Turma. Processo nº 0001938-33.2013.5.10.014. Publicação 26|11|2014).

Parece-nos que a decisão do Tribunal considerou o caráter intimista e o estado anímico do trabalhador ao postar os comentários críticos no Facebook. Ante as pressões, decepções e injustiças presenciadas e vivenciadas, cotidianamente, quem nunca o fez ou ao menos o idealizou, em seus pensamentos, sob estado de violenta emoção ?

Com efeito, o trabalhador, como qualquer outro cidadão, tem direito à liberdade de expressão, o qual só encontra limitações, em princípio, em outros direitos fundamentais. O jornalista e o radialista, exemplificativamente, podem ferir, no curso de suas atividades,

way, it is the Internet equivalent of displaying a political sign in one's front yard, which the Supreme Court has held is substantive speech" (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Fourth Circuit No. 12-1671 (4:11-cv-00045-RAJ-TEM), 23 de setembro de 2013, p.40). Ou seja, os magistrados da Corte consideraram que pressionar o botão de curtir em uma campanha política representa a aprovação do usuário da rede ao candidato e as propostas da campanha. De forma que, seria o equivalente, para a Internet, a colocar um cartaz de campanha política no jardim de casa, o que a Suprema Corte considera como discurso substancial.

no âmbito das relações laborais, a honra, a intimidade ou a privacidade de outras pessoas, não dispendo aqueles profissionais de ampla liberdade para divulgar ofensas, agressões ou atentados à honra individual ou à sensibilidade coletiva dos leitores ou ouvintes (ROMITA, 2007). Por não ser um direito absoluto, não se justifica, em princípio, o uso de expressões injuriosas e vexatórias em nome da liberdade de expressão (PALOMEQUE LÓPEZ, 2004). Esse direito, assim, deve pautar-se na cláusula de boa-fé, por conta do dever de colaboração que, dinamicamente, é inerente ao contrato de emprego. Do contrário, se o empregado, manifestando publicamente o seu pensamento, causar danos ao nome e ao patrimônio da empresa de forma injusta e abusiva, revela-se perfeitamente possível a sua despedida por justa causa (MEIRELES, 2005).

Por sua vez, o direito de crítica, no Brasil, resta assegurado ao empregado, inclusive pelo fato de que a promoção de um “dissenso construtivo” pode ser uma “ferramenta para melhorar a organização da atividade e a qualidade da produção da empresa” (MELLO, 2014, p. 27), porém não pode ser exercido de modo a causar injusto dano ao empregador. Em outros termos, o direito de “crítica interna” deve respeitar as regras de urbanidade e cortesia, não sendo razoáveis as manifestações públicas que, gratuitamente, desvalorizam os bens e serviços da empresa ou comprometam a sua gestão (CARVALHO, 2013).

É fundamental, na análise do caso, a aplicação da máxima da proporcionalidade (ROMITA, 2007), e também servem de parâmetros condutas tipificadas penalmente (calúnia, injúria e difamação).

Dessa forma, a não ser quando se trata de informação de relevante interesse público, não pode o empregado, por exemplo, criticar o gosto, a beleza ou a qualidade do produto comercializado pelo empregador, pois se trata de conduta violadora da boa-fé na execução do contrato.

É possível, por outro lado, o empregado denunciar ações do empregador que sejam absolutamente incompatíveis com as noções elementares de interesse coletivo, a exemplo da comercialização de mercadorias que estejam em desconformidade com os seus respectivos rótulos. De igual modo, assegura-se o emprego, por não enquadrar-se como abuso de direito, o dever de falar a verdade em processo judicial como testemunha (MEIRELES, 2005).

Fora da empresa, inclusive, a liberdade de expressão apresenta-se mais ampla, não podendo ser cerceada, a não ser que se vislumbre, por parte da ação praticada pelo trabalhador, violação às regras que vedam o abuso do direito, expondo, indevidamente, o nome da empresa no mercado². Atitudes xenófobas, racistas e antissemitas, certamente,

2 Ilustrativamente, observem-se estes dois casos recentes na mídia brasileira: (I) advogado é ironizado por usar regata e bermuda em aeroporto (<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI195200,51045Advo->

não estão protegidas pela liberdade de expressão (MELO, 2014). Em outros termos, o trabalhador pode manifestar-se, inclusive, sobre a empresa e o meio ambiente do trabalho, desde que o faça de forma não abusiva, respeitada e fundamentadamente. Pelos excessos, consequentemente, responderá o empregado (MEIRELES, 2005).

4.1. Inquirições Contemporâneas: A Prestação de Serviços nas Organizações Ideológicas

Situação particular abrange as cognominadas “organizações de tendência”. Pois bem, além da cláusula geral da boa-fé objetiva, a liberdade de expressão encontra limitação elevada e densa no cerne destas instituições.

Nas “empresas (ou organizações) de tendência” ou “ideológicas”, o exercício dos direitos fundamentais, por parte do trabalhador, pode sujeitar-se a limitações quanto à organização empresarial face à exigência de eficaz ou concreta difusão do trabalho ideológico da empresa. Em outros termos, nas empresas de tendência, a convicção política ou a fé religiosa do empregado devem estar em consonância com a orientação ideológica e crença difundidas pela organização empregadora, sem que tal fato implique atentado à liberdade de consciência do trabalhador. São consideradas empresas de tendência, dentre outras, os sindicatos, os partidos políticos e as congregações religiosas.

Observe-se que a finalidade da empresa de tendência deve ser publicamente reconhecida, ou seja, não se trata de um critério subjetivo no sentido de que exclusivamente a empresa defenda uma ideologia; deve, isto sim, configurar um fato externamente constatável. A empresa deve apresentar-se à sociedade, em atos, comportamentos, ações e atitudes, como defensora de uma ideologia concreta.

A empresa de tendência, diferentemente das demais, pode inserir-se na intimidade e na privacidade do profissional, por possuir uma atividade com princípios religiosos ou ideológicos evidentes. Seu objeto social está diretamente vinculado à sua doutrina, razão pela qual, neste aspecto, poderá questionar, explicitamente, os candidatos nos seus processos seletivos, optando ou não pela contratação do respectivo profissional.

Sendo assim, o princípio da irrelevância das convicções políticas e ideológicas do trabalhador, bem como de aspectos de sua vida fora do ambiente de trabalho, inverte-se nas organizações de tendência, de modo a tornar igualmente decisiva, como justa causa de despedimento, a não conformidade do trabalhador de tendência aos imperativos de ordem ideológica da sua entidade empregadora.

gado+e+ironizado+por+usar+regata+e+bermuda+em+aeroporto); (II) piloto de empresa aérea é despedido por ter xingado nordestinos no facebook (<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,piloto-da-avianca-e-demitido-apos-xingar-nordestinos-no-facebook,1146351>).

Desse modo, pode-se dizer que, no âmbito das empresas de tendência, o trabalhador que esteja diretamente vinculado ao objeto finalístico da empresa poderá padecer alguma mitigação em seu direito à crença ou liberdade ideológica, religiosa e de culto, a não ser que se trate de jornalista com cláusula contratual de consciência.

Sem embargo, em todo caso, torna-se imprescindível a consagração, clara e explícita, das obrigações contratuais assumidas no tocante às finalidades da organização, no bojo das cláusulas contratuais celebradas entre a organização de tendência e os seus trabalhadores. Isto é, ao longo do processo seletivo, certamente, a organização deverá deixar nítida a sua filosofia ou doutrina religiosa, sob pena de ferir o dever de informação decorrente da cláusula geral da boa-fé objetiva (art. 422 do CC).

Se houver descumprimento de deveres contratuais, surge o problema de conciliar as necessidades organizativas da empresa ideológica com a proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores. A resolução do conflito, como não existe regra específica, terá de ser feita casuisticamente, considerando-se a tutela constitucional de que é objeto o direito da organização de tendência de manter inalterada a ideologia que defende e o direito às liberdades fundamentais do trabalhador.

Parece razoável que se a empresa dissemina um conceito ou uma filosofia, ela pode exigir aos funcionários, que exercerão a atividade diretamente ligada ao seu negócio, que sigam seus preceitos. No caso de defesa ambiental, por exemplo, a organização poderá questionar o candidato, no momento da seleção, sobre o que pensa em termos de sustentabilidade ambiental. Se a empresa, por outro lado, busca um profissional para atuar em uma entidade de defesa dos direitos da união homoafetiva, o candidato pode ser recusado, caso tenha postura contra o reconhecimento dos direitos aos homossexuais.

Impõe-se observar que essa regra não vale para todos os funcionários, mas para aqueles que cumprem “tarefas de tendência”, também chamadas “tarefas ideológicas”. Em outras palavras, as limitações de manifestação de pensamento afetam apenas os trabalhadores cuja prestação de serviços consista especificamente no desenvolvimento da atividade ideológica da empresa. Diferentemente das chamadas “tarefas neutras” (burocráticas, administrativas, de limpeza etc.), as tarefas de tendência são prestações de trabalho de grande conteúdo ideológico, sendo os trabalhadores os que difundem esse ideal (p. ex., professores de uma escola religiosa).

5. À Guisa de Conclusão. A Distopia nas Relações Trabalhistas: Interfaces Tecnológicas vs Liberdade de Expressão vs Poder Disciplinar do Empregador

Com o advento e constantes avanços nas tecnologias de informação e comunicação, e com a expansão e popularização das redes sociais, vivenciamos uma era distópica para

as relações laborais, com fulcro na relação complexa entre a liberdade de expressão do trabalhador e o poder de controle e sanção, prerrogativas do empregador contratante.

A liberdade propalada no núcleo dos meios informáticos é meramente idílica, pois, no contexto das redes sociais, seremos vistos, analisados, expostos e julgados por, no mínimo, centenas de usuários, ávidos e curiosos em conhecer nossas falácias, êxitos ou vulnerabilidades. O que nos torna, em definitivo, policiados e expostos, em virtude da grande quantidade de expressões, informações e imagens que, cotidianamente, e muitas vezes de maneira impulsiva, inserimos nas plataformas virtuais.

Certamente, as redes sociais canalizam os pontos mais obscuros da liberdade ilusória. Para os trabalhadores contratados, a liberdade para expressar os pensamentos cede espaço ante às obrigações imanentes ao contrato de trabalho. O controle patronal, outrora restrito aos muros do ambiente laboral, hodiernamente, multiplica-se em centenas de olhos e vozes no abissal universo cibernético.

Esse cenário emblemático leva-nos a recordar o livro 1984, obra mestra do escritor George Orwell, escrita em 1948. A história acontece em um futuro distópico, no ano de 1984, na Inglaterra, ou Pista de Pouso Número 1, no megabloco cognominado Oceania. A Oceania vivencia um sistema totalitarista, camuflado em democracia, sob o controle do onipresente Big Brother. Há um domínio extremo das pessoas, atos e pensamentos, mediante a asquerosa presença de telas vigilantes e da Polícia do Pensamento, responsável por punir impiedosamente àqueles que ousem praticar crimideia, ou seja, pensar diferente dos paradigmas impostos pelo Partido (ORWELL, 2009).

Ao expressar-se com reflexões diferentes do sujeito contratante, ao romper com as verdades dominantes impostas pelo empregador, em manifestações antagônicas nas redes sociais, estará o trabalhador praticando uma espécie de “crimideia”, ainda que a punição máxima não consista na vaporização pela Polícia do Pensamento, mas, na ruptura do contrato de trabalho. O extermínio não será físico, mas social.

Há uma miscelânea entre os aspectos oriundos da vida privada e o âmbito laboral. Torna-se tarefa Hercúlea apartar o espaço privado do público, posto existir um esfacelamento das noções tradicionalmente dispostas sobre espaço e tempo. Isto conduz a uma vigilância permanente do trabalhador com relação às suas postagens, expressões e imagens veiculadas nas redes sociais.

Não existe liberdade de expressão absoluta e inafastável no seio das redes sociais. Não há. Nem tudo o que guardamos nos fossos ocultos de nossos pensamentos, por mais coerente, justo e lógico que seja, poderemos expressar claramente no divã virtual das redes sociais.

Por certo, não advogamos nenhuma espécie de censura, porém, cabe conscientizar os trabalhadores sobre a necessidade de preservação dos pilares mínimos para a plena

conservação de um ambiente de trabalho salubre e harmônico. Neste sentido, cabe enfatizar a relevância em se adequar os preceitos essenciais que primam pela liberdade de expressão com os fundamentos de respeito, confiança e lealdade que norteiam as obrigações pactuadas nas relações laborais. Obviamente, não cabe reprimir a livre expressão de pensamentos a nenhum sujeito, desde que claramente respeitados os contornos mínimos para a convivência laboral.

Em suma, a liberdade imaginária tecida nas amarras da suprema vigilância nos induz aos recônditos dúbios do duplipensar³.

6. Referências

A) *Livros, corpos normativos e revistas especializadas*

AMARAL, Francisco. **O Direito Civil na pós-modernidade**. Em: FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coordenadores). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: DelRey, 2003.

ARAÚJO, Adriane Reis de. **A liberdade de consciência do trabalhador em empresas ideológicas: uma análise da experiência espanhola**. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, Ano 77, n. 05, mai. 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências**. 4ª rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2010.

_____. **Proteção à intimidade do empregado**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Decreto-lei n 5452, de 1 de maio de 1943.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. **Código Civil Brasileiro**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

CARVALHO, Catarina de Oliveira. **Liberdade de expressão no trabalho**. Em: PINTO, José Augusto Rodrigues; MARTÍNEZ, Luciano; MANNRICH, Nelson. *Dicionário brasileiro de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

³ Terminologia esculpida por ORWELL (2009) que se refere à aceitação de duas crenças antagônicas, simultaneamente.

- DUPAS, Gilberto. **Ética e poder na sociedade da informação: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso**. 3ª ed. São Paulo: UNESP, 2011.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GRANDE, Cristina; GORDILLO, Carmen. **El uso de las redes sociales en la Jurisprudencia Social**. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n855, 2013.
- HERVIEU, Benoît. **O país dos trinta Berlusconi**. Repórteres sem Fronteiras. Brasil: janeiro de 2013.
- MARTÍNEZ, María Salvador. **El derecho a la libertad de expresión**. Em: REYES, Manuel Aragón. *Derecho Constitucional*. Iustel, 2002. Disponível em: www.documentostics.com. Acesso em: 20 de abril de 2015.
- MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2005.
- MELLO, Christiane. **A liberdade de expressão nas redes sociais: direito de crítica do empregado x imagem e honra do empregador**. *Revista de Direito do Trabalho*, ano 40, n. 157, mai-jun. 2014.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- NOTA, Rina G. Díaz. **Uso de las redes sociales: ¿Justa causa para despido?** University of Puerto Rico Business Law Journal, v.03, n.02, junho 2012.
- ORWELL, George. **1984**. Trad: Heloisa Jahn e Alexandre Hubner. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. **Derecho del trabajo y razón crítica**. Salamanca: Témpera, Servicios Editoriales, 2004.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2ª rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

B) Documentos internacionais (Ordem cronológica)

DECLARAÇÃO Universal de Direitos Humanos (1948). Resolução da Assembleia Geral da ONU, aprovada em 10 de dezembro de 1948.

DECLARAÇÃO Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948).Aprovada na nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948.

CONVENÇÃO Europeia para a proteção dos Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais (1950). Roma, 4.XI, 1950.

PACTO Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966). Resolução 2200 A (XXI) da Assembleia Geral , aprovada em 16 de dezembro de 1966.

CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos (1969). São José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969.

O AXIOMA ENTRE A EXIGÊNCIA DE TRABALHO EXCESSIVO VERSUS O DIREITO AO LAZER DO TRABALHADOR: ANÁLISE SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIZAÇÃO DO EMPREGADOR

REGINA CÉLIA PEZZUTO RUFINO

Advogada, Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-SP e Doutora em Direito pela UMSA. Docente na disciplina de Direito do Trabalho, Processo e Direito Previdenciário na UNIP-SP, na Pós-Graduação Virtual da UNISUL-SC e na Pós-Graduação da UNIVEL-PR. Autora do Livro ASSÉDIO MORAL NO AMBITO DA EMPRESA – ed. LTr e do livro O PAPEL DAS UNIVERSIDADES FRENTE A VIOLENCIA DOS ALUNOS CONTRA O PROFESSOR: UMA VISÃO SOB A ÓTICA TRABALHISTA – ed. LTr, além de outros capítulos de livros e artigos jurídicos publicados no Brasil e no Exterior.

Resumo

As relações trabalhistas focaram ao longo da história, os bens jurídicos materiais do trabalhador como contraprestação dos serviços. Entretanto, paulatinamente, verificou-se a necessidade da valorização do trabalhador em sua essência humana, passando a vislumbrar a importância do respeito aos bens intrínsecos, sobretudo, aos direitos fundamentais. A presente pesquisa, elaborada pelo método dedutivo com embasamento doutrinário e jurisprudencial, justifica-se pela observação do abismo entre os ditames jurídicos e a experiência empírica dos trabalhadores no pleno exercício do lazer, tratando primeiramente da evolução do reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores, passando para a temática das jornadas excessivas para o aumento de lucro do empregador e, posteriormente, abordará a responsabilidade deste último, quando o exacerbo de horas de trabalho subtrai o tempo destinado ao lazer dos trabalhadores. O Estado Democrático de Direito impõe o pleno exercício da cidadania através da liberdade de todos os direitos do indivíduo, sobretudo, os sociais, e o direito ao lazer passou a ser um bem garantido constitucionalmente. Contudo, a concorrência capitalista enseja a busca desenfreada de bens materiais decorrentes da alta produtividade oriunda de trabalho excessivo, o qual prejudica não somente a saúde e a vida do trabalhador, o priva da convivência com os entes queridos, sua inserção na sociedade e o pleno exercício do lazer, com autonomia de escolher como desfrutar seu tempo livre de forma digna, sem a preocupação ou a imposição de produzir para sua subsistência. Desse modo, a jornada de trabalho excessiva afronta o direito fundamental ao lazer, não deixando espaço para a efetivação do mesmo, violando o exercício da cidadania do trabalhador, e ensejando na responsabilização do empregador no tocante ao ilícito que viola um direito de fundamental importância dos trabalhadores.

Palavras-chave

Trabalhador; Jornada Excessiva; Lazer.

Abstract

Labor relations focused throughout history, legal worker material rights in exchange of services. However, gradually, there was the need for worker appreciation of his human essence, going to glimpse the importance of respecting the intrinsic goods, especially fundamental rights. This study, prepared by the deductive method with doctrinal and jurisprudential basis, justified by observing the gulf between the legal dictates and empirical experience of workers at full exercise of leisure, primarily dealing with the evolution of the recognition of the fundamental rights of workers, passing to the theme of excessive working hours to increase the employer's profit and subsequently address the responsibility of the latter, when exacerbated working hours subtracts the leisure time of workers. The democratic state imposes the full exercise of citizenship through freedom of every individual's rights, above all, the social and the right to leisure has become a well constitutionally guaranteed. However, capitalist competition entails the unbridled pursuit of material goods arising from high productivity coming from overwork, which not only harms the health and worker's life, deprived of living with loved ones, their integration into society and the full exercise of leisure, with autonomy to choose how to enjoy their free time in a dignified manner without the worry or the imposition of produce for their livelihood. Thus, the journey of excessive work affront the fundamental right to pleasure, leaving no room for the realization of the same in violation of the exercise of the worker's citizenship, and entailing the responsibility of the employer regarding the illicit violates a right of fundamental importance of workers.

Key words

Worker; Excessive Working Hours; Leisure.

1. Introdução

O presente trabalho analisa a responsabilidade do empregador perante a exigência de trabalho em jornada exaustiva de seus trabalhadores, estabelecendo uma comparação crítica entre os direitos sociais destes, sobretudo o direito ao lazer e a ânsia pelo aumento da produtividade e do lucro por parte do empregador, o que pode obstaculizar a função social e solidária da empresa

A análise desta problemática justifica-se pela observância da ineficácia prática de algumas premissas constitucionais impostas pelo Poder Público para o pleno exercício da

cidadania, notadamente, da valorização dos direitos dos trabalhadores como atores integrantes da sociedade, abordando, através do método dedutivo o cenário e peculiaridades entre as relações trabalhistas, normas tutelares e a imposição de respeito às condições que favoreçam o efetivo cumprimento dos direitos sociais dos trabalhadores, para o satisfatório exercício da cidadania. Analisa ainda uma comparação crítica entre os ditames estabelecidos pelo legislador para garantia dos direitos sociais por parte do trabalhador e a realidade prática do cotidiano com entrave no excesso de jornada a que se submetem, na busca de um aumento na remuneração ou sob o receio da recusa de labor extraordinário e a perda do emprego.

O excesso de jornada visto de maneira tão corriqueira, nos dias atuais viola uma diversidade de direitos do trabalhador, sobretudo, a saúde, a vida e o lazer, sendo que este último, sequer é lembrado nas discussões jurídicas, figurando como um bem social protegido pelo constituinte no plano da teoria, sem aplicação empírica, especialmente, nas relações laborais.

Dessa forma impõe-se uma reflexão da importância deste bem jurídico protegido pelo constituinte em uma comparação com a ausência de tempo livre dos trabalhadores devido ao excesso de jornada, traçando uma vertente sob a ótica dos princípios, objetivos e premissas da República Federativa do Brasil, principalmente, a dignidade humana, com o objetivo de garantir a cidadania do trabalhador, culminando o respeito à democracia e a efetivação das diretrizes constitucionais e solidárias entre os atores das relações de trabalho.

2. A Valorização do Trabalhador e o Respeito aos seus Direitos Fundamentais

O trabalho humano, em qualquer modalidade, enaltece a dignidade do homem, sendo um bem indispensável para realização social e pessoal do ser, no entanto, a limitação do tempo despendido com o trabalho também faz-se necessária, a fim de observar o respeito aos demais direitos fundamentais do indivíduo.

2.1. A Valorização dos Direitos Humanos do Trabalhador e as Premissas Constitucionais

O homem sempre dependeu do trabalho para manter a sobrevivência. E, a necessidade de alimentar-se, bem como de proteger seu grupo social, ensejaram um aprimoramento do trabalho realizado, na busca da perpetuação da espécie. (BARROS, 2005)

A ocorrência da Revolução Industrial despertou a consciência de proteção do Estado em relação ao trabalhador, impossibilitado ou limitado para se defender diante da força

econômica da indústria, decaindo a visão do poder absoluto do senhor feudal sobre seus servos, iniciando, assim, a valorização do trabalhador. (RUFINO, 2011)

A necessidade de surgimento de uma ordem jurídica que disciplinasse as questões envolvendo o trabalhador e seus anseios e direitos se originou da questão social que foi precedida da Revolução Industrial e da reação humanista a que ela se propôs a garantir ou preservar a dignidade do ser humano ocupado no trabalho das indústrias. (NASCI-MENTO, 2011)

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de agosto de 1789 marcou a valorização do homem, o que embasaria posteriormente, de forma mais consolidada a valorização do trabalhador. Esta Declaração, que se consubstanciou na Revolução Francesa, soou reflexos de extrema relevância para à valorização do homem. (RUFINO, 2011)

Contudo, a valorização do trabalhador, como de qualquer ser humano se consolidou com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que dispõe em seu art. 1º:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

art. 1º - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação uma às outras com espírito de fraternidade.

E em seu artigo 23:

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, **assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.**(g.n.)
4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Desta forma, notório se perfaz que a partir da citada Declaração, a valorização do trabalhador se aliou a expressão de respeito às liberdades individuais, e exercício dos direitos sociais, exaltando a autonomia do indivíduo, considerando a pessoa humana um fim e não um meio, e com isto, exaltando o pleno exercício da cidadania. (RUFINO, 2011)

Com o advento da Constituição de 1988 que se caracterizou pelo retorno da democracia e da plena valorização do cidadão, em seus mais altos anseios, evoluiu a consciência

da importância do exercício da cidadania, da valorização da dignidade como bem precioso, e da preservação dos direitos fundamentais nas relações interpessoais, sociais e no ambiente do trabalho. (RUFINO, 2011)

Verificou-se, portanto que os direitos humanos se correlaciona ao exercício da democracia, devendo ser respeitados em todos os aspectos, sobretudo, para preservação da liberdade, da autonomia dos bens intrínsecos ao ser humano, conforme preceitua Bobbio(2004, p. 112)

Hoje, o próprio conceito de democracia é inseparável do conceito de direitos do homem. Se se elimina uma concepção individualista da sociedade, não se pode mais justificar a democracia do que aquela segundo a qual, na democracia, os indivíduos, todos os indivíduos, detêm uma parte da soberania. E como foi possível firmar de modo irreversível esse conceito senão através da inversão entre poder e liberdade, fazendo-se com que a liberdade precedesse o poder?

No âmbito do trabalho humano, evoluiu a consciência de que a força despendida pelo empregado, não mais poderia ser analisada pela exclusiva noção de mera mercadora, imperando o reconhecimento do respeito à liberdade, à autonomia da vontade, do prazer, todos sob a pilastra da dignidade humana, bens jurídicos fundamentais para satisfação do trabalhador, ganhando o reconhecimento do Estado na proteção aos bens imateriais constitucionais.

Para tanto, vislumbra-se a necessidade de conscientizar-se sobre a existência dos direitos de personalidade e sobretudo, dos direitos sociais fundamentais, destinando-se importância e respeito destes, dentro das relações trabalhistas, haja vista, que o trabalho prestado pelo empregado, não visa somente a busca da subsistência e, sim, a prevalência de outros direitos do indivíduo, dentro da sociedade, o que configura o exercício de sua cidadania. O importante é que o trabalhador logre produzir, a fim de arcar com sua subsistência, bem como satisfaça sua realização pessoal, além de ser valorizado no seio da família e da sociedade, vez que, com o trabalho, a produção cresce, e também o poder econômico, o consumo e se atinge o progresso de um país, com a satisfação do operário que se sente mais digno e valorizado pela coletividade. (RUFINO, 2011)

A valorização do trabalhador como indivíduo prima pelo reconhecimento da dignidade humana, um adjetivo intrínseco à condição especial do ser, a qual, se desdobra em outros direitos fundamentais como a liberdade, a igualdade, o exercício da cidadania, restando inconcusso, que o trabalhador não deve ser limitado a uma mercadoria pertencente ao processo produtivo que visa a obtenção do lucro para satisfação dos anseios capitalistas.

Sarlet (2010, p. 37) expressa com precisão o valor da dignidade como qualidade da pessoa humana:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Desta forma, denota-se que o mundo jurídico contemporâneo, não se restringe à reivindicação de proteção da jornada de trabalho, do salário e demais direitos materiais trabalhistas. Luta-se, outrossim, pela proteção dos direitos à personalidade do trabalhador, por uma maior liberdade de trabalho, pela satisfação do trabalhador no ambiente do trabalho, direitos estes não previstos expressamente na legislação especializada (Consolidação das Leis do Trabalho), todavia, reconhecidos em outras normas aplicáveis, e imprescindíveis à valorização do trabalhador. (RUFINO, 2011)

A valorização dos direitos humanos do trabalhador tornou-se imprescindível, mormente, dos direitos sociais, os quais interferem diretamente na ordem econômica, que é a base do capitalismo de um país federativo como o Brasil, uma vez que, empregados valorizados, são mais eficientes, aumentam o lucro das empresas e movimentam a economia de uma nação.

Nesse esteio, Delgado (2012, p.116) afirma que na sociedade contemporânea:

Não mais se denota que a intervenção estatal de maneira exclusiva é fundamental para prevalência dos direitos fundamentais, podendo ser apenas, de uma adição à atuação coletiva obreira, afirmadora do padrão democrático de gestão trabalhista (...) porque não retira da classe trabalhadora, o essencial senso de cidadania e de sujeito social, nucleares à existência e consolidação de qualquer convivência democrática

Portanto, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, sobretudo do trabalhador, que deve ter respeitado o valor social do trabalho, e o exercício de todos os direitos fundamentais se consolidaram com a Constituição Federal por considerar estes direitos como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

O princípio da dignidade da pessoa humana reflete a valorização dos direitos fundamentais e valores primordiais ao constituinte, os quais devem coexistir com o respeito da dignidade humana e com o valor social do trabalho.

Vale (2004, p. 32) entende que os direitos fundamentais são “um conjunto de valores objetivos básicos e, ao mesmo tempo, como marco de proteção de situações jurídicas subjetivas”.

De acordo com a teoria de Carl Schmitt, os direitos fundamentais se classificam em: a) todos aqueles que estão no texto da Constituição; b) todos aqueles que possuem proteção constituinte em virtude da imutabilidade da reforma constitucional. (*apud* BO-NAVIDES, 2008)

Para facilitar os estudos e o entendimento, os direitos foram classificados em gerações ou dimensões, como prefere denominar alguns autores, entendendo que do ponto de vista teórico, os direitos do homem nasceram em certas circunstâncias históricas, como os direitos individuais, ligados a ideia de liberdade,¹ com obrigação negativa do Estado, considerados de primeira geração; os direitos relacionados a igualdade, ou direitos sociais² ou liberdade positiva, considerados de segunda geração e os direitos de solidariedade³, fraternidade, os de terceira geração e atualmente, os direitos de quarta geração, que são aqueles que lidam com as mutações do patrimônio genético de cada indivíduo e seus limites. (BOBBIO, 2004)

Verifica-se, pois, que a valorização do trabalhador como ser digno, foi um dos primeiros direitos a ser protegido, e, se baseia nos princípios norteadores de todo ordenamento jurídico, bem como na valorização dos direitos fundamentais, por conseguinte, de todas relações jurídicas, em especial a trabalhista, devem ser inspirada na valorização do trabalho como respeito àquela qualidade intrínseca do trabalhador, como membro participante de uma sociedade justa livre e solidária.

Esta premissa vai ao encontro dos objetivos fundamentais constitucionais, os quais preconizam e consolidam a relevância do princípio da solidariedade, conforme disposto no art. 3º da CRFB:

Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

O reconhecimento desses princípios constitucionais e cumprimento dos objetivos, bem como a valorização do trabalhador, se mostram cada vez mais consolidados ao embasarem os ditames da Ordem Econômica, e da Ordem Social (previstas separadamente pela primeira vez na CRFB/88), tendo por fim assegurar a todos *existência digna*, nos moldes dos ditames da justiça social:

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

1 Direitos dos cidadãos derivados de sua condição de ser humano

2 O Estado tem o dever de reconhecer e ter ações positivas frente a este direito

3 Aqueles reivindicados por um movimento social. Pode envolver a questão da ecologia e meio ambiente

[...]

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

A Constituição Brasileira prevê, ainda, dispositivos mais específicos sobre a noção de dignidade, liberdade humana e dos direitos fundamentais previstos no *caput* do art. 5^o⁴, todos interligados aos direitos sociais, previstos no art. 6^o (direito ao trabalho, à saúde, **lazer** e outros) e a proteção do emprego contra despedida arbitrária, prevista no art. 7^o, I, todos, visando a melhoria da condição social.

O trabalhador merece ter sua dignidade respeitada como cumprimento do valor social do trabalho, uma vez que o princípio da dignidade norteia quaisquer direitos, especialmente as garantias fundamentais, servindo como limitador das manobras que possam desvalorizar o trabalhador.

Dessa forma, como dito em primeiro momento, os direitos e garantias individuais (igualdade, liberdade, vida e outros) refletem a abstenção do Estado para não violar ou invadir os direitos dos cidadãos, já os direitos sociais (trabalho, lazer saúde e outros), refletem o modelo de atuação do Estado, a fim de que seja provedor desses direitos, possibilitando a garantia daqueles, notadamente, os de primeira geração.

3. O Direito Fundamental ao Lazer nas Relações Privadas Trabalhistas

As relações trabalhistas, em sua grande maioria, concentram seu foco no tempo em que o indivíduo despende no local de trabalho, produzindo e aumentando o lucro do empregador, olvidando-se contudo, da importância do tempo livre para reestabelecimento do desgaste físico e mental e intelectual do trabalhador, o conhecido “*dolce fa niente*”, expressão italiana que significa o “prazer de não fazer nada”, o “prazer dos momentos indolentes”.

Em um comparativo ilustrativo com os dizeres da Bíblia, “Deus descansou no sétimo dia”, demonstrando a importância e a relevância de um momento de descanso, sem fazer nada para o reestabelecimento do indivíduo, um momento para contemplar o prazer e a liberdade de agir como quiser.

O sociólogo francês Dumazedier (1976, p. 42) aprofundou-se no estudo sobre o lazer, e entre suas definições sob diversas óticas, conceituou o lazer como:

... um conjunto de ocupações às quais o indivíduo pode entregar-se de livre vontade, seja para repousar, seja para divertir-se, recrear-se e

4 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:

entreter-se ou, ainda para desenvolver sua informação ou formação desinteressada, sua participação social voluntária ou sua livre capacidade criadora após livrar-se ou desembaraçar-se das obrigações profissionais, familiares e sociais.

Nietzsche (2000) classifica os homens em escravos ou livres, afirmando que escravo é aquele que não tem tempo para si, que faz tudo mecanicamente, podendo ser tanto o empregador, quanto o empregado, desde que tenha limites rígidos na expansão de sua personalidade, vivenciando a mediocridade da rotina sem tempo para refletir, já o homem livre; se configura como aquele que detém a faculdade do controle de seu tempo, fazendo suas escolhas sem obstáculos ou restrições, sem tornar-se um alienado, sem comparar-se à uma máquina pelas ações mecânicas e rotineiras.

Alguns estudos sociológicos e antropológicos analisam o lazer, traçando um paralelo com o trabalho, como ilustrativamente, a análise demonstrada por Requiça, extraída da observação de palestras e estudos sociológicos, na qual a evolução do lazer se interliga com a necessidade de trabalho. Esclarece que, tratando-se das diversas naturezas de trabalho, como o industrial, o comercial, o doméstico, o escravo, entre outros, todos influenciam com grande relevância, a imprescindibilidade do lazer para o desenvolvimento da sociedade. (REQUIXA, 1977)

Dumazedier (1976) explica a razão pela dicotomia na ideia do exercício de pleno lazer, apontando a não aceitação por parte da ética marxista, dividida em duas correntes: aquela que super valoriza o trabalho produtor das relações sociais e caminho de formação do homem; e a segunda, que acentua mais o tempo fora do trabalho como um produto do progresso do próprio trabalho, como o direito “à preguiça”.

Contudo, defende o exercício do lazer observando que : “o trabalho é o império da necessidade; é fora dele que começa a liberdade”, conforme descrição de Marx no clássico “Capital” e ainda enfoca as assertivas de Lafargue que ilustrou Deus, como o próprio modelo da preguiça ideal: “Jeová, este Deus barbudo e carrancudo, dá a seus adoradores o supremo exemplo da preguiça ideal, depois de seis dias de trabalho repousou para a eternidade” deixando irrefutável a importância do descanso para lazer. (REQUIXA, 1977, p. 51)

Requiça (1977, p. 51) contextualiza a análise do lazer perante a sociedade em três fases: primeiramente, nega-se sua relevância, através de diferentes argumentos; em seguida, o lazer “é percebido como importante face ao seu potencial terapêutico em relação a outras problemáticas urbanas, ou seja, dentro de um sentido instrumental”; e posteriormente, “percebe-se que o lazer é importante em si mesmo”. Esclarece, pois, que o processo de urbanização e industrialização das sociedades capitalistas, não pode ser observado sem a ótica da importância do lazer.

Complementando essa análise, Requiça (1977, p. 52) aponta alguns efeitos de um foco e respeito maior ao “direito ao lazer”:

- O grande número de pessoas que trabalhavam como profissionais, ou voluntários em obras sociais, passaram a sentir a importância do trabalho que realizavam no campo do lazer. Sentiram-se profissional, pessoal e socialmente valorizados;
- A assinalada promoção do tema lazer, não apenas junto aos técnicos, mas também junto ao grande público, através da imprensa, a qual apresentou farto noticiário a respeito dos assuntos tratados;
- Provocou-se atenção dos próprios trabalhadores sociais para uma nova forma de trabalho social, através das atividades de lazer, com todas as suas possibilidades insuspeitadas;
- A ampliação da concepção do lazer, concernente a todas as faixas etárias, não se confundindo apenas com atividades infantis;
- A própria palavra *lazer* passou a fazer parte do vocabulário de profissionais da área do social e integrou-se, com destaque, no vocabulário da imprensa

Considerando que esta análise foi realizada no Brasil, precisamente na região da Capital Paulista, nas décadas de 1960 e 1970, paulatinamente, verificou-se, a importância do tempo livre, da liberdade de escolher qual atividade praticar ou simplesmente, não praticar qualquer atividade, o que ganhou relevância para todos os seres humanos, notadamente, para o trabalhador.

O tempo livre, é aquele em que o indivíduo escolhe suas atividades, de acordo com o que lhe satisfaz, é o momento do desfrute ao lazer, direito fundamental para o pleno desenvolvimento do ser humano, notadamente, do trabalhador.

Visando a importância deste tempo livre destinado ao lazer, a Declaração de Direitos Humanos de 1948 normatizou este bem jurídico, como sendo fundamental a todos os trabalhadores:

Artigo XXIV – Todo ser humano **tem direito a repouso e lazer**, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.(g.n.)

Assim, considerando a influencia da referida Declaração na redação da Constituição Democrática Brasileira de 1988, o legislador constituinte inseriu o direito ao lazer no capítulo dos Direitos Sociais, elevando o status deste direito, a um direito fundamental do cidadão, haja vista, sua essencialidade ao desenvolvimento físico, psíquico e intelectual de todos indivíduos, especialmente, dos trabalhadores.

No mesmo esteio, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual o Brasil firmou como signatário dispõe em seu art. 7º:

Os Estados integrantes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a desfrutar condições de trabalho justas e favoráveis, que garantam, sobretudo:

(...)

d) O repouso, **os lazeres**, a limitação razoável da duração do trabalho e férias remuneradas periódicas, assim como remuneração dos feriados. (g.n.)

Verifica-se, pois, que o direito ao lazer é um direito social, fundamental ao ser humano, considerado de segunda geração, que decorre dos direitos de primeira geração, sempre embasados na dignidade da pessoa humana, nos moldes explicitados por Martins(2012, p. 57):

Os direitos do segundo grupo são os direitos econômicos, sociais e culturais, bem como os direitos coletivos e das coletividades. Decorrem do princípio da igualdade. É a ideia do Estado do Bem-Estar Social, com caráter individualista.

Neste contexto, observa-se que os direitos sociais, mormente, o direito ao lazer, não se limitou ao campo normativo internacional, passando para a esfera constitucional, conforme citado em um primeiro momento, iniciando-se o capítulo dos Direitos Sociais pelo art. 6º da Constituição Federal que preconiza:

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. (g.n.)

Estando inserido este capítulo no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, que- dou-se insofismável a natureza dos direitos sociais, como relevantes ao desenvolvimento e fundamentais do cidadão, bem como, a irrefragável força normativa desses direitos, os quais mudaram a forma de dialogar das constituições brasileiras ao longo de sua história, vez que, enquanto na época da ditadura militar a constituição dialogava com o Estado, com a promulgação da Constituição Democrática de 1988, passou a dialogar com a sociedade, ancorada nos direitos fundamentais, notadamente, na dignidade humana, priorizando o interesse dos indivíduos da sociedade e só posteriormente, os interesses do Estado.

Desta forma, esses direitos passaram a se configurar como preceitos que subordinam a sociedade, o Estado e os particulares, nos moldes ressaltados por Sarlet (2010, p. 38):

Há de acolher, portanto, a lição de Vieira de Andrade, quando destaca os dois principais e concorrentes da problemática, quais sejam, a construção de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se

aplicam relativamente a toda a ordem jurídica, inclusive privada, bem como a necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos ou entidades particulares.

Assim, inquestionável a relevância dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas, sobretudo, os direitos sociais, os quais por vezes, quedam-se no esquecimento de sua validade e aplicação em relações desta natureza, por visarem primordialmente o aumento na lucratividade e a busca da subsistência.

As relações de trabalho envolvem sujeitos em condição de desigualdade, o trabalhador, considerado hipossuficiente e o empregador, autossuficiente, justificando a intervenção estatal a fim de evitar os abusos nos desmandos da parte mais forte, o empregador, a fim de prevalecer o equilíbrio na balança da Justiça.

Com efeito, coube ao Estado efetivar a tutela do trabalhador através de direitos previstos em norma de ordem pública, descritos na Constituição Federal como direitos fundamentais, dentre os quais, salienta-se os direitos tutelados no art. 7º que visam melhores condições de trabalho sob a ótica material e econômica.

Sem dúvida, o principal anseio de um trabalhador é o valor de seu salário e dos demais benefícios de ordem material, enquanto o empregador visa o aumento de sua produtividade e lucratividade oriunda da energia gasta com força de trabalho de seu empregado.

Em virtude do conflito de interesses entre a “mais valia”(força de trabalho) e o capital (busca do lucro), a tendência é que o empregador almeje o aumento de sua produtividade exigindo, por vezes, de forma abusiva, o empenho e a dedicação da força de trabalho do empregado, o qual, acaba se submetendo às diversas formas de abusos, no anseio de receber um acréscimo em seu salário, como peculiarmente, o adicional de horas extras, que acaba “comprando” não só a saúde do trabalhador, mas também, os poucos momentos de lazer e descanso, que o obreiro poderia passar com sua família.

Paralelamente, a cultura brasileira de primar por um aumento nos ganhos e ostentação de bens materiais, acarreta na busca de maiores salários por parte do trabalhador, submetendo-se à jornadas excessivas a fim de não resistir aos ditames do empregador e em contrapartida, aumentar seu salário para obtenção de bens e melhora no estilo de vida, sendo conivente com o empregador que menospreza as premissas que direcionam a solidariedade do contrato de trabalho.

A visão social do contrato de trabalho se solidificou com art. 421 do Código Civil que dispõe: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Desde então, o contrato laboral, não mais pode ser interpretado na concepção individualista de um instrumento jurídico hábil a satisfazer interesses das partes, ensejou

uma interpretação dentro de um contexto social, de forma exógena, como precursor do bem comum, sendo analisado não exclusivamente pelos aspectos formais (objeto capaz, objeto lícito e forma prescrita em lei), releva-se também outras questões igualmente importantes como a relação com o ambiente, às questões sociais e as morais. (PAMPLONA FILHO, 2005)

Se a função social do contrato restringe a liberdade de contratação nas relações privatísticas, com maior razão, no contrato de trabalho, em que as partes são desiguais, imperando uma proteção do Estado ao hipossuficiente, através do protecionismo, na busca do equilíbrio e do respeito ao fundamento do valor social do trabalho.

Esse respeito culmina no exercício do direito-função⁵ do empregador, focando o interesse da comunidade dos seus funcionários, sensível à participação obreira no contexto empresarial interno, o que desvia da antiga concepção do individualismo. (DELGADO, 2010)

Dessa forma, se o Estado foi criado para concretizar esses valores essenciais, as normas criadas por ele, sejam constitucionais ou infraconstitucionais, devem respeitar esses objetivos, fazendo do bem social, a finalidade precípua das regras criadas na ordem jurídica, e por consequência, das regras que regem o contrato de trabalho. (RUFINO, 2011)

O contrato de trabalho, como instrumento das relações entre trabalhador e empregador deve buscar a inserção daqueles valores na sociedade, sob o prisma da probidade e da boa-fé, restando imprescindível a valorização do trabalhador, o que cria impacto direto na ordem econômica do país, a qual fundada na valorização do trabalho humano, visa assegurar a todos existência digna dentro dos ditames da justiça social. Desse modo, a base do capitalismo que apregoa a nossa Constituição é também a livre iniciativa, o que enseja a busca do lucro a tudo custo por parte dos empresários, por outro lado, empregados mais respeitados em sua dignidade e direitos fundamentais e estimulados ao respeito dos intervalos necessários para sua recuperação, produzirão com mais efetividade, e certamente, o lucro da empresa aumentará e a economia do país sentirá os benefícios dessa equação. (RUFINO, 2011)

Se é dever do Estado concretizar esses valores essenciais, as normas jurídicas por ele estipuladas, devem cumprir os objetivos constitucionais, fazendo do bem comum, o fundamento das regras jurídicas que regem o contrato de trabalho. (RUFINO, 2011)

Miranda (1998, p. 166) afirma “A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância pública ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”.

5 Poder atribuído ao titular para agir em tutela de interesse alheio, e não de estrito interesse próprio

O desrespeito às garantias fundamentais por parte do empregador, sobretudo, o desrespeito à dignidade do trabalhador, e os entraves ao pleno exercício dos direitos sociais, desvirtua a finalidade do Estado, violando todos os princípios e normas de nosso ordenamento, notadamente, a função social da empresa.

A observância à dignidade do trabalhador e de todos seus direitos fundamentais por parte do empregador é essencial ao alcance dos valores da justiça, impostos pela ordem jurídica. Nesse sentido, preleciona Piovesan (2010, p. 98):

O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico ao sistema jurídico brasileiro. Os direitos e garantias fundamentais passam a ser direitos de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.

Percebe-se, pois, que o empregador passa a ter um importante papel na sociedade, pois o reconhecimento e o respeito pela pessoa humana que é por ele contratado, influencia todo o contexto social.

A denominada função social da empresa resta inserida em um processo democrático, o qual busca preservar o conceito de cidadania, enfatizando os direitos individuais e sociais, ambos extremamente relevantes à ordem social, a qual deve ser dimensionada pelo princípio maior da dignidade humana e do valor social do trabalho. (PIOVESAN, 2010)

Diante deste contexto, as relações de trabalho não podem ser analisadas sob a ótica exclusiva dos direitos materiais oriundos da contraprestação laboral, deve-se primar pela prevalência dos direitos fundamentais do trabalhador, especialmente aqueles que se destinam à recuperação da energia gasta no trabalho e do desenvolvimento do indivíduo em sua plena realização, como o direito ao lazer.

3.1. O Excesso da Jornada de Trabalho e a Violação do Direito ao Lazer

Existe uma crença de que o trabalho em jornada extraordinária beneficia tanto o empregador quanto o trabalhador. Aquele, por usufruir de mais tempo da força de trabalho de seu empregado, culminando no aumento da produtividade e do lucro, e esse, por requerer um acréscimo em seu salário, ante a realidade econômica, o que possibilita um aumento de seu ganho através do trabalho extraordinário, por vezes, sem limites plausíveis, beirando a insanidade.

Diante da premissa de que o trabalho dignifica, o qual foi inserido, sobretudo, no rol dos direitos fundamentais dos cidadãos, o trabalhador se submete a horas excessivas de trabalho, na busca de receber um “plus” ao salário, ou, mesmo em desacordo em seu íntimo, se dispõe a trabalhar em jornadas excessivas quando requisitado pelo empregador, a fim de preservar sua colocação na empresa.

No entanto, considerando a dependência que o trabalhador encontra-se perante o empregador e o capitalismo selvagem, de grande concorrência, face as circunstâncias da economia mundial, impera-se uma regulamentação por parte do Estado, a fim de limitar este excesso de jornada, com a finalidade de proteger a saúde e o equilíbrio dos trabalhadores, obstaculizando o trabalho extraordinário além da 2ª hora excedente, conforme previsão no diploma celetista:

art. 59 da CLT : A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.

Martins (2012, p. 522) esclarece que a intenção do Estado em limitar a jornada foi criar um descanso mínimo ao trabalhador a fim de que não seja forçado a prestar serviços em jornadas extensas, aguçando os prejuízos à sua saúde:

A natureza jurídica da jornada de trabalho abrange dois aspectos. Num primeiro plano, tem natureza pública, pois é interesse do Estado limitar a jornada de trabalho, de modo que o trabalhador possa descansar e não venha prestar serviços em jornadas extensas. Num segundo momento, tem natureza privada, visto que as partes do contrato de trabalho podem fixar jornadas inferiores às previstas na legislação ou nas normas coletivas. A legislação apenas estabelece o limite máximo, podendo as partes fixar limite inferior.

Com efeito, o legislador limitou a prorrogação da jornada em 02 horas e eximiu o recebimento da paga extraordinária somente nos casos que houver compensação legal, como a semanal que compensa a ausência de trabalho no sábado, excepcionando este limite apenas em casos de necessidade imperiosa, nos moldes do art. 61 da CLT.

Contudo, existe entendimento de que o art. 59 *supra* sequer fora recepcionado pela Suprema Lei, vez que admite o labor em tese extraordinário, de forma ordinária, o que configuraria um paradoxo desfavorável ao trabalhador.

Por conseguinte, muitos consideram inadmissível tratar de labor extraordinário, que significa, aquele que não ocorre de forma corriqueira, cotidiana, como uma ocorrência comum e habitual, absolvida pelo pagamento do adicional constitucional, distinguindo, sobretudo, a jornada extraordinária, aquela “paga” com o adicional de no mínimo 50%, da jornada excessiva.

Neste sentido, Souto Maior (2013) assevera importante crítica à esta prática dicotômica:

Importante explicar que a limitação ao adicional de 50% (cinquenta por cento), para o pagamento das horas extras, somente tem sentido se as horas são, efetivamente, extras, isto é, horas além da jornada normal, prestadas de forma extraordinária. Quando as horas extras se tornam ordinárias, deixa-se o campo da normalidade normativa para se adentrar o campo da ilegalidade e, neste sentido, apenas o pagamento ao adicional não é suficiente para corrigir o desrespeito à ordem jurídica.

Nesse sentido, verifica-se que a prática reiterada e cotidiana do labor extraordinário, não deve ser apenado apenas com a paga extraordinária, mas outrossim, com a imposição de multas e sanções correspondentes pelos auditores do trabalho, em razão da complexidade maléfica aos direitos fundamentais do trabalhador.

As empresas buscam elevar o número de horas trabalhadas por seus funcionários, mormente, de forma habitual, a fim de reduzir o gasto com novas contratações, no intuito de economizarem e levarem vantagens sobre as concorrentes no mercado competitivo, contudo, esta “vantagem” para a empresa empregadora acarreta diversas desvantagens ao trabalhador, o qual tem sua saúde prejudicada e, sobretudo, seu momento de lazer, de total autonomia e liberdade em seu tempo livre, para prática de condutas prazerosas e desfrute do contato familiar e entes queridos.

Foi noticiado no CONJUR(2015) a empresa Magazine Luiza foi condenada a pagar R\$ 100.000,00 (cem mil reais) de indenização (Processo nº 0010912-03.2014.5.15.0041 que tramitou perante a MM. Vara do Trabalho de Itapetininga-SP) por exigir de seus empregados, trabalho habitual em jornada excessiva, mesmo após ter sido atuada pela fiscalização por constantemente obrigar seus empregados a extrapolarem o limite legal de duas horas diárias sem qualquer justificativa legal, conforme fundamentou o procurador do trabalho Gustavo Rizzo Ricardo:

O modelo de produção adotado pelo Magazine Luiza, fundado no binômio custo e máximo lucro, inclusive com excesso nas jornadas de trabalho, viola os valores sociais do trabalho e o respeito à dignidade do ser humano, com previsão na Constituição Federal.

(...)

Trata-se de um modelo de ‘dumping social’, onde determinada empresa deixa de cumprir, de forma reiterada, inescusável e consciente as obrigações trabalhistas básicas, com a intenção de reduzir custos e, por consequência, aumentar seus ganhos. Isso gera prejuízos aos concorrentes cumpridores das obrigações laborais e os incentiva a atuarem do mesmo modo.

Desse modo, a empresa não cumpre sua função social, haja vista, que como detentora do poder diretivo da força de trabalho, tem a obrigação de reprimir qualquer prática que atente contra legislação protetiva do trabalho, notadamente, que afronte os direitos fundamentais do trabalhador, entre esses, o direito social do lazer.

No sistema organizacional contemporâneo, os empregadores exigem sempre um maior empenho e dedicação dos trabalhadores, não só no critério qualitativo, mas, outrossim, quantitativo de tempo a disposição, acarretando no stress do trabalhador, com cobranças e pressões a todo momento, para produzirem mais em menos tempo, num total menosprezo à saúde e aos direitos fundamentais do obreiro, sequer cogitando-se o respeito ao lazer do empregado. (RUFINO, 2011)

No entanto, deve-se atentar pela condição humana do trabalhador, o qual, não se reduz ao caráter meramente animal que vive para sua subsistência. O trabalho é a diretora do mundo industrial responsável pelo desenvolvimento das atividades econômicas, especialmente, no capitalismo, como o que vigora no Brasil, inculcando nos trabalhadores a falsa percepção de que tempo livre, implica na ausência de produção, caminhando na contramão do desenvolvimento econômico e financeiro, e por consequência, sugere que a possível liberdade do tempo ocioso seja substituída pela busca de ganhos materiais suplementares. (CALVET, 2006)

A partir desta equivocada premissa, os indivíduos passam a analisar a liberação do tempo livre como negação ao trabalho ou à responsabilidade de cidadão, que deve impulsionar o desenvolvimento econômico de uma nação, focando a produtividade no trabalho como cerne de todas as atividades que cercam o entorno da vivência do ser humano, esquecendo-se, contudo, que o pleno exercício ao lazer auxilia não só, à preservação ou recuperação da saúde do trabalhador, bem como, estimula a criatividade, o intelecto, a liberdade, o pluralismo de pensamento, e resgata as relações emocionais, tanto as pessoais, quanto as profissionais, edificando não só, o exercício dos demais direitos basilares da sociedade, como a liberdade, a família, a fraternidade, como singularmente, os direitos do trabalhador, como a vida, a saúde, a cultura e todos os demais, intrínsecos ao ser humano.

Atento a essas necessidades, o legislador impôs a observância dos intervalos de descansos, sejam intrajornadas, sejam interjornadas, propondo sobretudo, que no mínimo uma vez por semana, o trabalhador tem direito a 24 horas sem pensar em trabalho, a fim de possibilitar o convívio familiar, haja vista, a imposição de revezamento dos descansos semanais aos domingos, conforme previsão do art. 66, 67, e 71 e outros do diploma celetista.

Entretanto, esses momentos de descanso, não devem ser preenchidos exclusivamente com outras atividades ligadas ao desenvolvimento do intelecto, como estudos, aperfeiçoamentos, na busca de melhores condições de trabalho, especialmente, ao considerar, que

tais práticas favorecerão a fadiga do asoberbado trabalhador, colocando em risco a preservação de sua saúde, da segurança do trabalho e violando de forma incontestável o pleno exercício do lazer.

Neste sentido, assevera Calvet (2006, p. 57) demonstra a importância do respeito a este direito fundamental:

O lazer é direito social de todos os trabalhadores, subordinados ou não, possuindo dois aspectos: econômico e humano. A todos os trabalhadores reconhece-se a necessidade de uma limitação da duração do trabalho e o direito ao gozo do lazer, o que implica uma alteração na interpretação de institutos previstos na ordem infraconstitucional e na conduta do tomador do serviço, reconhecendo-se a posição jurídica subjetiva ao trabalhador de obtenção de tutela judicial com eventual reparação por dano imaterial sempre que lesionado esse valor, tanto na relação de emprego quanto nas demais relações privadas de trabalho, estas na medida de hipossuficiência do trabalhador.

Denota-se, pois, a importância da valorização dos momentos livres, sem qualquer atividade ou responsabilidade, que permita ao trabalhador/cidadão, o pleno exercício de seus interesses mais basilares, como o cuidado com a saúde e a convivência com os entes queridos.

Somente a partir do reconhecimento da importância do lazer na vida do trabalhador, ou de qualquer cidadão, vislumbrará o pleno exercício da liberdade, da vida, do bem estar, e por consequência, da paz social.

A problemática instala-se no receio ao desemprego, que enseja na acumulação de trabalho por parte do empregado, o qual dedica-se exclusivamente ao trabalho ou a condições que propiciam sua permanência no emprego, acarretando em um desgaste físico e mental que afeta sua saúde e seu desenvolvimento sobre os vários aspectos dentro da sociedade. (RUFINO, 2011)

Nessas situações, o indivíduo fica impossibilitado de atuar dentro dos padrões de normalidade, aceitos como tais em seu ambiente, e isto se torna perceptível para as pessoas no trabalho, as quais observam a alteração comportamental da vítima. (FIORELLI, 2003)

Incontestável que toda esta pressão e exigência exacerbada pode ocasionar a uma alteração de comportamento do empregado, o qual, estressado por tanta dedicação ao trabalho sem minimamente extravasar a pressão acumulada, sem reservar para si um tempo dedicado ao seu lazer pleno, acaba atraindo distúrbios e outros prejuízos que afetam seus bens mais intrínsecos, podendo gerar, mormente, a práticas violentas.

Em razão destas alterações, além dos prejuízos fisiológicos, o indivíduo passa a sofrer prejuízos funcionais, tornando-se incapaz de responder aos estímulos normais de suas

atividades, pela apresentação de comportamentos inaceitáveis para com os que com ele convivem. (FIORELLI, 2003)

Portanto, cabe ao empregado assumir uma posição jurídica subjetiva de postular a tutela jurisdicional em razão da ameaça ou lesão ao direito ao lazer oriundo das práticas cometidas pelo empregador, pretendendo no primeiro caso uma tutela inibitória com fixação de multa para que o empregador não adote a referida conduta, somada ao pedido de reparação pelo dano causado pelo empregador, que por tratar-se de valores imateriais, gerarão uma indenização com caráter de compensação, através da indenização por danos morais, arbitrado pelo órgão judicial. (CALVET, 2006)

4. A Responsabilidade do Empregador pela Violação do Direito ao Lazer do Trabalhador

Conforme analisado em um primeiro plano, o contrato de trabalho possui uma função social, responsabilizando o empregador ao cumprimento da solidariedade contratual.

A solidariedade contratual pode ser entendida como uma negação da autonomia da vontade no prisma voluntarista e egoística, além de aguçar a autonomia privada, evoluindo do Estado Liberal para o Estado Social, ensejando uma concepção contratual mais social do que individual. (DALLEGRAVE NETO, 2009)

A aplicação da solidariedade contratual e a função social do contrato se originam de diversos dispositivos como o art. 1º III e IV (princípio fundamental a dignidade humana e valor social do trabalho), 3º I e IV (objetivo fundamental como uma sociedade justa e solidária e sem discriminação), art. 170 III (função social da propriedade) e art. 193 (bem estar e justiça social como primado ao trabalho) da CRFB, aplicando-se, pois, às relações de trabalho.

Esses comandos constitucionais, se entrelaçam na concepção das relações de trabalho sob a ótica da dignidade do trabalhador, da função social do contrato de trabalho, e do primado do trabalho, este último, cerne da ordem social.

A hermenêutica impõe que a leitura dos dispositivos fundamentais busque a unidade constitucional e a supremacia destas leis sobre aquelas infraconstitucionais, sobretudo, no caso de antinomia, impondo-se a interpretação sistemática, lógica e gramatical, a fim de primar e harmonizar a valorização dos direitos do trabalhador dentro da ordem econômica, com a preservação dos direitos fundamentais.

No momento da elaboração da Carta Constituinte, a sociedade, através de seus representantes legislativos, resolveu criar mecanismos que possibilitem a proteção dos cidadãos, mormente, do trabalhador, socializando os encargos através da ótica social que limita o capitalismo selvagem, impondo direitos sociais que devem ser respeitados pelo Estado

e pelo empregador, ambos com responsabilidades, este último, com responsabilidades no caso de dolo ou culpa, não eximidas pelo constituinte e pelo legislador infraconstitucional ao imputar, com base na solidariedade do contrato de trabalho, o dever de indenizar no caso de prejuízos oriundos de imprudência, negligência ou imperícia ocorridas no decorrer do contrato de trabalho.

No tocante à satisfação do dano decorrente da inexecução do contrato de trabalho, é que a base jurídica se alicerça no respeito aos direitos existenciais ou fundamentais, alargando as hipóteses de responsabilidade civil objetiva do empregador como tendência à inversão da ordem geral, considerando a máxima tutela da vítima, no caso, o trabalhador. (DALLEGRAVE NETO, 2009)

Os danos sofridos pelos trabalhadores em virtude da não observância da função social da empresa e do contrato de trabalho, abrangem, não somente aqueles ocorridos dentro da empresa, mas também, prejuízos decorrentes ao desrespeito de normas mínimas de tutela do trabalhador, as quais infringem direitos garantidos pelo Estado Democrático de Direito.

Desse modo, o excesso de jornada que viola não somente a saúde do trabalhador, e a ausência de intervalo hábil a sua recuperação físico-psíquica, mas notadamente, o direito ao lazer, ao tempo livre, ao convívio com a família, sem qualquer limitação à sua vida fora do ambiente do trabalho, deve ser responsabilizado pelo empregador, haja vista, o descumprimento da função social do contrato de trabalho e a inobservância da solidariedade social, dificultando a inserção social deste trabalhador.

Por conseguinte, a ausência de tempo livre, que proporcione ao trabalhador, o convívio familiar sem ter que se abster dos momentos prazerosos com os entes queridos, ou, a inexistência de qualquer obrigação, direta ou indiretamente (como estudos para melhorar a qualificação, continuidade do trabalho no domicílio e outros) relacionada ao trabalho, que obstaculize o pleno exercício do lazer, correlaciona-se diretamente ao abuso nas exigências do empregador, e desrespeito à função social do contrato, ensejando, conseqüentemente, a responsabilização desse último, em indenizar os danos existenciais do trabalhador.

Conforme assertivas de Calvet (2006, p. 59) o lazer está umbilicalmente ligado aos direitos existenciais:

Como se viu em sua conceituação, o lazer possui várias perspectivas, sendo antes de mais nada um estado da existência humana, podendo-se concluir, nesse aspecto, que sua esfera de atuação gravita em torno de direitos extrapatrimoniais do ser humano, como um bem imaterial que a ordem constitucional reconhece como valor intrínseco ao próprio ser humano a fim de manter sua dignidade.

Tratando-se pois, de valor intrínseco do indivíduo, mormente, do trabalhador, caberá ao empregador indenizar o dano extrapatrimonial decorrente do excesso de trabalho e jornada, acarretando na indenização por ato ilícito pregada no Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, **ainda que exclusivamente moral**, comete ato ilícito.(g.n.)

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, **excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé** ou pelos bons costumes. (g.n.)

Neste prisma, a jornada excessiva, deve ser analisada de forma macro em relação a concepção da jornada extraordinária, vez que sua ocorrência é cotidiana e habitual, violando os limites de jornada, a redução dos intervalos, além de outras tutelas fundamentais como a saúde, integridade psicológica, vida, valores essenciais ao ser humano, protegidos pela limitação do trabalho. Aliás, sequer foi criada a hipótese de flexibilização de redução de intervalos, salvo na hipótese em que a empresa tiver refeitório próprio e possibilitar a saída antecipada, com o fim primordial, da garantia plena do usufruto de momentos de descanso e lazer como caminho precursor dos demais direitos existenciais do trabalhador.

À guisa de ilustração e corroboração, a indenização por danos existenciais quando da violação do direito ao lazer do trabalhador por excesso de jornada, tem sido reconhecida pelos tribunais, os quais, paulatinamente, têm admitido esta hipótese jurídica como vértice do direito fundamental ao lazer:

EMENTA: “DANO EXISTENCIAL. NEGATIVA DE DIREITO AO LAZER E DESCASO. INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS DEVIDA. O direito ao lazer e ao descanso é direito humano fundamental, assegurado constitucionalmente – art. 6º – e está diretamente relacionado com a relação de trabalho. A prorrogação excessiva da jornada de trabalho justifica a indenização compensatória pelo dano causado. Trata-se de desrespeito contínuo aos limites de jornada previstos no ordenamento jurídico, sendo, pois, ato ilícito. É o chamado dano existencial, uma espécie de dano imaterial em que o trabalhador sofre limitações em sua vida fora do ambiente de trabalho” (TST - Precedente processo 01924-2011-113-03-00-2, Relator Juiz Convocado Paulo Eduardo Queiroz Gonçalves, publ. 11/12/2013).

DANO EXISTENCIAL. DANO MORAL. DIFERENCIAÇÃO. CARGA DE TRABALHO EXCESSIVA. FRUSTRAÇÃO DO PROJETO DE VIDA. PREJUÍZO À VIDA DE RELAÇÕES. O dano moral se refere ao sentimento da vítima, de modo que sua dimensão é subjetiva e existe in re ipsa, ao passo que o dano existencial diz respeito às alterações prejudiciais no cotidiano do trabalhador, quanto ao seu projeto de vida e suas relações sociais, de modo que sua constatação é objetiva.

Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida ou o prejuízo à vida de relações. Caracteriza-se o dano existencial quando o empregador impõe um volume excessivo de trabalho ao empregado, impossibilitando-o de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal, nos termos dos artigos 6o e 226 da Constituição Federal. O trabalho extraordinário habitual, muito além dos limites legais, impõe ao empregado o sacrifício do desfrute de sua própria existência e, em última análise, despoja-o do direito à liberdade e à dignidade humana. Na hipótese dos autos, a carga de trabalho do autor deixa evidente a prestação habitual de trabalho em sobrejornada excedente ao limite legal, o que permite a caracterização de dano à existência, eis que é empecilho ao livre desenvolvimento do projeto de vida do trabalhador e de suas relações sociais. Recurso a que se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de indenização por dano existencial. (TRT-PR-28161-2012-028-09-00-6-ACO-40650-2013 - 2ª. TURMA Relator: ANA CAROLINA ZAINA Publicado no DEJT em 11-10-2013)

É cediço, que muitas empresas desrespeitam o princípio protecionista do trabalhador, com diversas práticas ilícitas, sobretudo, com a exigência desenfreada de trabalho sem limites de jornada ou respeito às pausas legalmente previstas, visando o aumento da produtividade, mesmo diante da inconcussa agressão aos direitos humanos dos trabalhadores, o que se denomina dumping social, o qual, somente será freado, se o Estado impor as sanções correspondentes, a fim de viabilizar e assegurar a função social do contrato de trabalho.

Souto Maior (2013) critica a busca da lucratividade irracional e desproporcional por parte do empregador em detrimento aos direitos fundamentais do trabalhador:

A pertinência desses dispositivos no direito do trabalho é gritante, pois, normalmente, as agressões ao direito do trabalho acabam atingindo uma grande quantidade de pessoas, sendo que destas agressões o empregador muitas vezes se vale para obter vantagem na concorrência econômica com outros empregadores. Isto implica, portanto, dano a outros empregadores que, inadvertidamente, cumprem a legislação trabalhista, ou, de outro modo, acaba forçando-os a agir da mesma forma, precarizando, por completo, as relações sociais, que se baseiam na lógica do capitalismo de produção. Óbvio que esta prática traduz-se em “dumping social”, que prejudica a toda a sociedade e óbvio, igualmente, que o aparato judiciário não será nunca suficiente para dar vazão às inúmeras demandas em que se busca, meramente, a recomposição da ordem jurídica, o que representa um desestímulo para o acesso à justiça, forçando a prática dos acordos trabalhistas, e tudo somado acaba constituindo mais um incentivo ao descumprimento da ordem jurídica.

Portanto, o Estado deve inibir esta prática que prejudica não só os trabalhadores, mas toda a sociedade, computando, sobretudo, a gravidade do dumping social ou do desrespeito ao direito ao lazer do trabalhador, na fixação da indenização, a fim que amenize o prejuízo do trabalhador, atinja o caráter pedagógico e evite a perpetuação da prática ilícita.

Ademais, o ilícito praticado pelo empregador, viola o pleno exercício da cidadania por parte do trabalhador, o qual se encontra com limitações no usufruto de seus direitos. Considerando que o princípio da cidadania consiste no “direito a ter direitos”, sem dúvida, o ilícito que viola entre outros, o direito ao lazer do empregado, restringe outrossim, seu papel como cidadão, em seus valores mais intrínsecos, ensejando, pois, o pagamento de uma indenização por danos morais.

No tocante aos parâmetros para fixação da indenização, Delgado (2012) classifica em 05 (cinco), os critérios essenciais para a fixação do *quantum*: a) verificar a natureza do ato ofensivo (se é exclusivamente civil ou também penal; sua gravidade e o bem jurídico violado); b) a relação do ato com a comunidade (intensidade, repercussão); c) a pessoa do ofendido (posição familiar, política, comunitária; nível de escolaridade); d) a pessoa do ofensor (sua posição socioeconômica; ocorrência de práticas reiteradas; intensidade do dolo ou culpa); e) existência ou não de retratação espontânea por parte do ofensor.

Para uma fixação razoável e equilibrada, a fixação do montante indenizatório deve observar um juízo de equidade, razoabilidade, e imparcialidade do julgador, e, se possível, fixação por arbitramento anelando os dispositivos constitucionais (art. 5º V e X e 7º, XXVIII) e infraconstitucionais (art. 944 CCB). (DALLEGRAVE NETO, 2004)

Assim, a fixação de uma importância coerente e razoável à guisa de indenização por danos existenciais, é essencial para cumprir a finalidade de evitar a prática de reincidência do empregador e atenuar os efeitos da ausência de lazer na vida do trabalhador, lembrando que a paga respectiva não substitui a subtração desse direito fundamental ao ser humano, contudo, pode inibir o empregador a exigir o trabalho de forma excessiva e abusiva, proporcionando ao trabalhador sua inserção na vida em sociedade em pleno gozo de seus direitos fundamentais, desfrute de maior tempo de convívio em família, e sobretudo, em respeito aos princípios basilares da dignidade humana e do valor social do trabalho.

5. Conclusões

Atualmente predomina o entendimento de que ao impor limite de jornada ao trabalhador e fixar intervalos mínimos, o legislador visou tão somente a proteção do direito fundamental à saúde.

Contudo, paulatinamente a ordem jurídica tem se certificado de que o excesso de jornada, mormente, quando ocorrida de maneira habitual, obstrui não só a saúde do

trabalhador, mas, outrossim, seu direito ao lazer, ao tempo livre, a liberdade criativa, ao convívio familiar e, conseqüentemente, ao pleno respeito a uma vida digna.

O trabalhador é essencial à atividade da empresa, cabendo ao Estado primar pela inviolabilidade de seus valores e bens fundamentais, visto que a Constituição permite a distribuição de rendas e a sociabilização dos indivíduos, notando-se a prevalência do exercício ao lazer.

De tal modo, a exigência constante de jornada excessiva na busca de uma maior produtividade e lucratividade, configura-se como ato ilícito do empregador, o qual extrapola os limites do poder diretivo e disciplinar atingindo a esfera dos bens extrapatrimoniais do trabalhador, violando seus direitos existenciais, sobretudo, o direito ao lazer que é a vértice motora do exercício dos demais direitos, como a liberdade, o convívio familiar, a saúde (física e mental), a vida e demais direitos humanos.

Observa-se, pois, que a responsabilidade do empregador deve ser auxiliada com o Estado, através de uma maior fiscalização e sanções mais efetivas aos empregadores que expuserem seus empregados às jornadas excessivas em demasia e verificarem se o respeito dos direitos fundamentais desses trabalhadores está sendo observado de forma equitativa.

Insta salientar que o exercício da cidadania não se restringe à antiga concepção dos direitos políticos, denota-se de maneira mais ampla, garantindo-se também, o livre exercício de todos os direitos civis e sociais, como o lazer.

Ademais, a garantia ao direito ao lazer do trabalhador, possui o arcabouço do princípio fundamental da cidadania, e dos princípios basilares da dignidade humana e do valor social do trabalho, que visam garantir os objetivos insculpidos na Constituição Federal.

Neste aspecto, muito embora seja estabelecido que a ordem econômica tenha como mote o desenvolvimento social do trabalho e a livre iniciativa, jamais desvia o foco da valorização dos direitos fundamentais do trabalhador, notadamente, dos direitos sociais como o lazer.

Com efeito, a empresa valorizada na sociedade não pode primar somente pela questão econômica do lucro, e sim, ater-se ao comportamento ético, e ao tratamento igualitário e com primor à dignidade de seus trabalhadores, em todos os bens intrínsecos e fundamentais ao ser, com plena garantia de todos seus direitos, almejando assim, a consolidação de sua função social, a qual propicia o cumprimento dos objetivos constitucionais de criar uma sociedade livre, justa(igualitária) e solidária (fraterna).

6. Referências

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2005.

BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*. SP: Editora campus, 2004.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Malheiros, 2002.
- CALVET, Otavio Amaral. *Direito ao lazer nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTR, 2006.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. SP: LTr, 2009.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. LTr, 2008.
- DUMAZEDIER, Joffre. *Lazer e cultura popular*. São Paulo: Perspectiva, 1976.
- IORELLI, José Osmir; MALHADAS JR, Marco Julio Olivé. *Psicologia nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, pág 266.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Do Direito à Desconexão do Trabalho*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região Disponível em: <http://www.portal.trt15.jus.br/biblioteca/revista23> acessado em 14/05/2015.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direitos Fundamentais Trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 1998.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso do Direito do Trabalho*, São Paulo: Saraiva, 2009.
- NIETZSCHE, F. *Humano Demasiado Humano*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 37.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, rev.ampliada e atualizada. São Paulo:Saraiva, 2010.
- REQUIXA, Renato. *O lazer no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1977, p.51.
- RUFINO, Regina Célia Pezzuto. *Assédio Moral no Âmbito da Empresa*, SP: LTr, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 200, p.37.
- VALE, André Rufino. *Constituição e Direito Privado. Algumas Considerações sobre a Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas*. Revista do Direito Público n. 06 – out., nov. e dez/2004, p.32.

Webgrafia Geral

- OIT. Site oficial. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br>>. Acesso em: 21 Abr. 2015.
- TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Site oficial. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 21 Abr. 2015.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Site oficial. Disponível em: <[http:// www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br)>. Acesso em: 21 Abr. 2015.

CONJUR. Site oficial: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-12/magazine-luiza-condenado-100-mil-jornada-excessiva>, acessado em 13/05/2015.

O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRO

ZÉLIA LUIZA PIERDONÁ

Professora dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; Mestre e Doutora em Direito pela PUC/SP; realizou estágio pós-doutoral na Universidade Complutense de Madri (Bolsista da CAPES); Coordena o grupo de pesquisa ativismo judicial e seguridade social; também é Procuradora Regional da República.

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo apresentar as normas constitucionais relacionadas à seguridade social brasileira, para demonstrar que a Constituição criou um sistema de proteção social e não áreas isoladas, como tem sido tratado pelo Estado brasileiro, em suas três funções: legislativa, executiva e judiciária. Nesse sentido, as normas constitucionais diretamente relacionadas à seguridade social estão nos arts. 194 a 204 e 40 da Constituição, nos quais são enunciadas as diretrizes fundamentais: os princípios aplicáveis e a forma de seu financiamento (arts. 194 e 195), as áreas componentes e a estrutura de cada uma delas (saúde - arts. 196-200; previdência – arts. 201, 202 e 40; e assistência - arts. 203 e 204).

Palavras-chave

Seguridade social; Áreas componentes; Princípios aplicáveis; Responsabilidade dos entes federativos.

Resumen

Este estudio tiene como objetivo presentar las normas constitucionales relativas a la seguridad social brasileña, para demostrar que la Constitución brasileña creó un sistema de protección social, y no áreas aisladas, como ha sido tratado por el gobierno brasileño en sus tres funciones: legislativa, ejecutiva y judicial. En este sentido, las normas constitucionales relacionadas directamente con la seguridad social están en los artículos 194-204 y 40 de la Constitución, en los que se establecen las directrices fundamentales: los principios aplicables y la forma de financiación (artículos 194 y 195), las áreas componentes y la estructura de cada una de ellas (la salud - artículos 196- 200; la previsión social - artículos 201, 202 y 40; y la asistencia - artículos 203 y 204).

Palabras clave

Seguridad social; Áreas componentes; Principios; La responsabilidad de los entes federales.

1. Introdução

A Constituição brasileira de 1988 criou um sistema de proteção social e o designou seguridade social, o qual tem por objetivo proteger a todos nas situações de necessidades. Para tanto, uniu três direitos sociais, os quais têm área específica de atuação e destinatários delimitados, mas que no conjunto abrange todos os necessitados.

Para garantir a efetividade da citada proteção, estabeleceu um sistema amplo de financiamento, o qual se dá de forma direta e indireta, por toda a sociedade. Além disso, determinou a competência administrativa e legislativa dos entes federativos, em relação a cada um dos subsistemas.

O trabalho que segue tem por objetivo apresentar, de forma sintética, as disposições constitucionais do mencionado sistema. Para tanto, num primeiro momento, serão elencados os preceitos constitucionais comuns a todo o sistema, ou seja, as disposições que são aplicadas as três áreas, especialmente os princípios específicos da seguridade social. Posteriormente, serão feitas breves considerações sobre o seu financiamento e, por fim, apresentadas as disposições constitucionais de cada um dos subsistemas: saúde, previdência e assistência social.

2. Delimitação Constitucional da Seguridade Social Brasileira

O art. 194 da Constituição estabelece 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”. Assim, para o Brasil, o termo seguridade social compreende o conjunto que abrange três direitos sociais, os quais, apesar de possuírem área específica de atuação e destinatários predeterminados, compõem um sistema com características comuns.

Além disso, verifica-se, pelo texto constitucional transcrito, que a responsabilidade pela sua efetivação não é exclusiva do Estado, já que as ações são de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade. Portanto, o sistema de seguridade social também compreende a proteção privada, a qual se dá nas três áreas que compõem o conjunto de proteção.

O parágrafo único do referido artigo constitucional estabelece os princípios específicos aplicáveis à proteção social, para o qual devem ser acrescentados o *caput* do art. 195 e seu § 5º. O art. 195 preceitua, ainda, os meios para garantir a efetivação, já que estabelece as formas de financiamento.

Portanto, pode-se afirmar que os arts. 194 e 195 da Constituição estabelecem as normas aplicáveis às três áreas componentes da seguridade social. É justamente a partir de seus preceitos que se verifica a necessidade de se compreender a proteção social como um conjunto integrado de ações, nos dizeres da Constituição, e não em três áreas isoladas, como tem sido concebido pelo Estado brasileiro em suas três funções: executiva, legislativa e judiciária.

Justamente em razão dessa compreensão isolada e não de conjunto, tem-se verificado incoerências que, a partir de uma concepção de sistema, poderão ser eliminadas ou, ao menos, amenizadas.

Para tanto, inicialmente deve-se conhecer as normas que são destinadas às três áreas e, a partir delas, compreender os preceitos destinados especificamente a cada uma de suas subáreas: saúde (arts. 196-200); previdência (arts. 201, 202 e 40); e assistência (arts. 203 e 204).

Nesse sentido, o parágrafo único do art. 194 estabelece que compete ao Poder Público organizar a seguridade social. Para tanto, deverá observar os princípios elencados no próprio dispositivo constitucional, bem como no *caput* do art. 195 e seu §5º.

3. Princípios da Seguridade Social

Abaixo serão apresentados os princípios específicos do sistema de seguridade social.

4. Universalidade da Cobertura e do Atendimento

O inciso I, do preceito constitucional acima referido, estabelece o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento. Isso significa que todos os cidadãos brasileiros são destinatários de proteção social.

Porém, isso não significa que a proteção é de responsabilidade apenas do Estado. Isso porque, conforme disposição do *caput* do art. 194, já referido, as ações são de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade. Assim, tanto o Estado quanto a sociedade devem garantir a todos, ao menos, condições mínimas¹ de vida².

1 Isso não significa que toda a seguridade social tem por objetivo garantir apenas o mínimo para a sobrevivência. Isso porque, uma de suas áreas – a previdência – tem por objetivo substituir os rendimentos do trabalho, os quais, muitas vezes, garantem além do mínimo. A mencionada forma de proteção, como se verificará no presente trabalho, depende de prévio recolhimento de contribuições. Por outro lado, a assistência social visa garantir o mínimo e é concedida independentemente de contribuição ao sistema.

2 Visando estabelecer um padrão (um piso) mínimo de proteção social, a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho - OIT editou, em 14-06-2012, a Recomendação 202, conhecida como a “Recomendação Relativa aos Pisos de Proteção Social”. in <http://www.ilo.org/public/spanish/protection/secsoc/downloads/policy/policy2s.pdf>. Acesso em 04-06-2015.

O princípio, ora em análise, estabelece a universalidade da cobertura e do atendimento. Àquela corresponde as situações de necessidade que são objeto de proteção. À universalidade do atendimento, por sua vez, corresponde aos destinatários das prestações de seguridade social.

Importante ressaltar que a universalidade não pode ser compreendida em relação a cada uma das áreas componentes da proteção social isoladamente, mas deve ser entendida no sistema de seguridade social como um conjunto.

Nesse aspecto, verifica-se que o sistema de proteção social criado na Constituição de 1988 apresenta duas faces: em uma delas tem-se a saúde, que foi universalizada, nos termos do art. 196. Antes de 1988, a saúde era dirigida apenas aos trabalhadores e seus dependentes e não a todos os cidadãos. Seguindo a recomendação do Relatório Beveridge³, a atual Constituição estendeu o acesso à saúde a todos.

Na outra face, a seguridade social apresenta duas subdivisões: a previdência e a assistência. Ambas tem seu aspecto subjetivo de proteção limitados: a previdência dirige-se aos trabalhadores e seus dependentes e a assistência aos necessitados. Nem todos são trabalhadores e/ou dependentes de trabalhadores e nem todos são necessitados. Assim, apenas unindo as duas subáreas tem-se a possibilidade de garantir a universalidade.

Importante ressaltar ainda que a universalidade é um vir a ser. Isso porque, somente haverá a universalidade quando todos os cidadãos e todas as situações de necessidade tiverem cobertura. No caminho da universalidade deverá ser feita a seletividade, conforme prevê o art. 194, parágrafo único, III, da Constituição.

5. Seletividade e Distributividade na Prestação dos Benefícios e Serviços

Considerando que o princípio da universalidade corresponde a um vir a ser, rumo a sua efetivação, deve-se selecionar etapas a serem cumpridas, ou seja, devem ser selecionadas as pessoas e as situações que terão prioridade de atendimento e cobertura. Assim, o princípio da seletividade revela uma contenção provisória da universalidade. No caminho de sua efetivação, o legislador e o executivo, cada um dentro de sua área de atribuição, deverão selecionar as necessidades que serão atendidas.

Há que se ressaltar que a seleção, apesar de discricionária, deve seguir as diretrizes constitucionais, dentre as quais o segundo mandamento do princípio ora em análise, que é a distributividade. Nesse aspecto, entende-se que a seleção deve ser efetuada considerando a justiça e o bem estar social, que são elencados como objetivos da ordem social,

3 BEVERIDGE, William. *Seguro social y servicios afines: informe de Lord Beveridge*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

no art. 193 da Constituição. Na medida em que se busca a efetivação de tais objetivos, se garante também a efetivação dos objetivos do Estado brasileiro, previstos no art. 3º, também da Constituição, especialmente os elencados nos incisos I e III, respectivamente, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; e a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Há outras diretrizes constitucionais que devem ser observadas pelo legislador e pelo executivo, quando da seleção, as quais estão previstas nas disposições específicas de cada uma das subáreas componentes da seguridade social. Nesse sentido, o art. 198, II, da Constituição, ao tratar da saúde, prioriza as atividades preventivas. Em relação à previdência, o art. 201 estabelece os eventos causadores de necessidades que devem ter cobertura pelo Regime Geral de Previdência Social, o qual também se aplica aos Regimes dos Servidores Públicos, haja vista o enunciado do §12 do art. 40, todos da Constituição. Quanto à assistência social, o *caput* do art. 203 estabelece que esta subárea da seguridade social visa atender aos necessitados. Com isso, devem ter prioridade de atendimento os mais necessitados.

Dessa forma, o princípio em comento permite que as pessoas e situações sejam tratadas de forma desigual pois, se a sociedade é desigual e, se o art. 3º da Constituição estabelece como objetivo do Estado, dentre outros, o da redução das desigualdades sociais, apenas um tratamento desigual será adequado para a mencionada redução. Nesse sentido, Paulo Bonavides⁴, citando Robert Alexy, assevera que “quem quiser produzir a igualdade fática, deve aceitar por inevitável a desigualdade jurídica”.

Importante ressaltar que a seleção deve ser feita pelo Poder Legislativo e Executivo, cada um dentro de sua área respectiva. E, estando a seleção conforme a Constituição, deve ela ser respeitada pelo Poder Judiciário, o qual somente poderá afastá-la se a escolha feita não encontra fundamento de validade no texto constitucional. Em relação a isso, observa-se que, muitas vezes, o Poder Judiciário tem feito outras seleções, substituindo, indevidamente, os demais poderes. Inclusive a escolha feita pelo Poder Judiciário tem se utilizado de preceitos isolados da Constituição e não de uma análise sistemática dos preceitos constitucionais relacionados à seguridade social.

6. Uniformidade e Equivalência das Prestações às Populações Urbanas e Rurais

O princípio, ora em análise, tem por objetivo afastar o tratamento inferior que era concedido às populações rurais.

4 BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 23ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 378.

Exemplo disso era a proteção previdenciária, na qual o trabalhador rural tinha uma proteção inferior àquela concedida aos urbanos (o valor da aposentadoria correspondia a 50% do salário-mínimo e, o da pensão, inicialmente era de 30%⁵, tendo passado a ser de 50%, a partir da Lei Complementar nº 16/73).

Também em relação à saúde o tratamento era diverso. Enquanto os trabalhadores urbanos tinham acesso à saúde, os rurais ficavam na dependência de recursos e, além disso, poderia haver a cobrança do usuário, conforme se pode observar no preceito do art. 12 da LC nº 11/71: “Os serviços de saúde serão prestados aos beneficiários, na escala que permitirem os recursos orçamentários do FUNRURAL, em regime de gratuidade total ou parcial segundo a renda familiar do trabalhador ou dependente”.

Assim, o princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais busca exatamente eliminar essas diferenças. A partir da Constituição de 1988, a saúde não é mais dirigida apenas aos trabalhadores e seus dependentes, mas a todos os cidadãos, independente do exercício profissional ou mesmo de sua classificação. Isso ocorre também nas outras duas subáreas da seguridade social.

A única diferença estabelecida na própria Constituição refere-se ao segurado especial, prevista no art. 195, §8º, o qual preceitua uma forma diferente de contribuição e, conseqüentemente, também permite uma desigualação na proteção, já que menciona que os benefícios serão estabelecidos “nos termos da lei”. Isso se deve ao segundo mandamento do princípio, “equivalência dos benefícios e serviços”. Portanto, se a forma de contribuição é diversa, a proteção deve ter equivalência, e, com isso, também ser diversa. Nesse sentido, a legislação infraconstitucional estabeleceu que os benefícios devidos ao segurado especial equivalem a um salário-mínimo, independente do valor da contribuição.

Aos demais trabalhadores rurais (empregados, contribuintes individuais e avulsos) não há qualquer diferença, tanto em relação ao custeio, quanto no que tange aos benefícios. A única diferença se refere à redução de 5 anos, no caso de aposentadoria por idade, a qual foi estabelecida na própria Constituição, na parte final do inciso II do §7º do art. 201.

7. Irredutibilidade do Valor dos Benefícios

O princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios aplica-se às subáreas previdência e assistência social, uma vez que na saúde tem-se apenas serviços e não benefícios (prestações em dinheiro).

Irredutibilidade significa manter o valor nominal. Assim, um benefício de aposentadoria (previdência social), por exemplo, de R\$ 1.000,00 não pode ser reduzido

⁵ Arts. 4º e 6º da Lei Complementar nº 11/71 e art. 6º da Lei Complementar nº 16/71.

a R\$ 950,00. Também um benefício de bolsa família (assistência social) no valor, por exemplo, R\$ 100,00, não pode ser reduzido para R\$ 95,00.

O referido princípio também se aplica aos trabalhadores em atividade, conforme o preceito do inciso VI do art. 7º da Constituição: “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

Importante mencionar que o princípio em comento não garante a manutenção do valor real. A citada manutenção é garantida apenas aos benefícios previdenciários, uma vez que decorre do preceito do § 4º do art. 201 da Constituição⁶, o qual trata da previdência social e não de toda a seguridade social, como ocorre com o art. 194. O mencionado preceito constitucional relaciona-se ao poder aquisitivo, que deve ser observado no reajustamento dos benefícios apenas da previdência social.

Assim, os benefícios da assistência social não precisam ser obrigatoriamente reajustados para garantir a manutenção do valor real. Ressalta-se que o de prestação continuada, a que se refere o art. 203, V, da Constituição, está atrelado ao salário-mínimo, em razão do citado dispositivo constitucional e, portanto, seus reajustes não estão vinculados a manutenção do valor real.

Verifica-se, dessa forma, que a manutenção do valor real é dirigida apenas a previdência social e não a toda a seguridade social. Por outro lado, a irredutibilidade do valor dos benefícios é dirigida a todas as áreas da seguridade social para as quais tem aplicabilidade, ou seja, que possuem benefícios (previdência e assistência social).

8. Equidade na Forma de Participação no Custeio

O art. 195 da Constituição determina que a seguridade social deve ser financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta. E, o princípio em comento, estabelece que a participação no custeio deve ser de forma equânime.

Assim, a primeira pergunta que se apresenta é se equidade deve ser entendida como sinônimo de capacidade contributiva, a qual é aplicada, por expressa disposição constitucional, aos impostos (art. 145, §1º da Constituição). A resposta a citada pergunta é

6 Art. 201. “A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

(...)

§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”.

É importante mencionar que os critérios são fixados em lei, a qual não está atrelada aos reajustes concedidos ao salário-mínimo. A única exigência constitucional é a necessidade de preservação do valor real, ou seja, deve ser reposta a inflação do período.

negativa, uma vez que, embora a capacidade contributiva também deva ser considerada para se determinar a equidade, esta é muito mais ampla e deve levar em conta as formas de financiamento, assim como, a finalidade das contribuições, as quais fazem parte da forma direta de financiamento.

Isso porque, as contribuições previstas no art. 149 da Constituição, nas quais se incluem as de seguridade social (art. 195, também da Constituição), se diferenciam das demais espécies tributárias pelas suas finalidades constitucionais.

E, quanto à finalidade das contribuições, o princípio da equidade permite que se observe, por exemplo, a relação entre a contribuição e as prestações, ou seja, deve ser considerado o risco que o sujeito passivo produz para o sistema de seguridade social. Este é o caso da contribuição prevista no art. 22, II, da Lei 8.212/91, cujas alíquotas variam de 1, 2 a 3%, conforme o risco apresentado pelo contribuinte (leve, médio ou grave), segundo a atividade econômica em que se enquadra. As referidas alíquotas podem ser reduzidas em 50% ou acrescentadas em 100%, conforme prevê o art. 10 da Lei 10.666/2003, em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica. Pode-se citar, também, o acréscimo para o financiamento das aposentadorias especiais (art. 57, §6º, da Lei 8.213/91).

Outra especificidade que também pode ser observada é a utilização da mão-de-obra. Dessa forma, as atividades mais informatizadas poderiam ter alíquotas superiores àquelas que empregam mais pessoas. Isso não deixa de ser um aspecto relacionado à produção de riscos, acima comentado, já que as atividades mais informatizadas contribuem para o aumento do risco previsto no art. 201, III, da Constituição- desemprego involuntário.

Mas a equidade também comporta a apreciação da capacidade contributiva do sujeito passivo da obrigação, embora, como já referido, não seja sinônimo. Exemplo disso é a adoção de diferentes alíquotas, em relação aos segurados da previdência social: empregados, empregados domésticos e avulsos (8, 9 ou 11%), contribuintes individuais (20, 11 ou 5%).

O art. 195, em seu §9º preceituou que as alíquotas e as bases de cálculo das contribuições da empresa podem ser diferenciadas, “em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho”, demonstrando aspectos do princípio da equidade.

Além dos aspectos acima tratados, relacionados às contribuições, o princípio, ora analisado, permite a cobrança de valores diretamente dos usuários das prestações de seguridade social, na medida de sua própria renda ou de sua família. Isso porque, se o Estado brasileiro tem como um de seus objetivos a redução das desigualdades sociais, a gratuidade das prestações de saúde a todos, por exemplo, independente dos rendimentos dos destinatários, aumentará as desigualdades e não as reduzirá.

Em relação ao exemplo acima, deve ser ressaltado que é a legislação infraconstitucional que estabelece a gratuidade das prestações do Sistema Único de Saúde – SUS (Lei nº 8.080/90). Entretanto, para dar efetividade ao princípio da equidade na forma de participação do custeio e, dessa forma, buscar reduzir as desigualdades sociais, talvez o mais adequado seria a instituição da cobrança de valores, segundo a capacidade econômica dos usuários e as contingências cobertas. Para tanto, a legislação deverá ser alterada, eliminando-se a gratuidade.

9. Diversidade da Base de Financiamento

O constituinte, além de ter criado um sistema amplo de proteção social, o qual visa proteger a todos, em todas as situações de necessidade, criou meios para garantir a sua efetivação, na medida que determinou a ampliação de seu custeio, estabelecendo a exigência de diversas bases para o financiamento da seguridade social.

No sistema anterior, a principal base de financiamento era a contribuição sobre os rendimentos do trabalho, a qual incidia tanto para o trabalhador, quanto para aquele que utilizava seus serviços (empregador).

A Constituição, além de ter criado o princípio ora analisado, estabeleceu os pressupostos de diversas bases de cálculo para as contribuições, nos incisos do art. 195, bem como no art. 239, no qual recepcionou as contribuições do PIS/PASEP e as destinou também à seguridade social, mais especificamente à previdência social (art. 201, III, da Constituição). Além disso, no §4º do art. 195 permitiu a criação de novas fontes.

Também, o princípio em comento, permite que o financiamento se dê por meio da participação direta dos usuários dos serviços de seguridade social, conforme referido no princípio da equidade na forma de participação do custeio, a exemplo do que ocorre em Portugal (taxas moderadoras) e na Espanha (coparticipação do usuário).

O principal objetivo do princípio da diversidade da base de financiamento é garantir a efetividade da proteção social. Entretanto, a diversidade também permite a universalidade do custeio, a qual está expressamente prevista no *caput* do art. 195, quando preceitua que toda a sociedade financiará a seguridade social.

10. Gestão da Seguridade Social

O art. 194, parágrafo único, VII, da Constituição prevê que a gestão da seguridade social deve ter caráter democrático e descentralizado.

Em relação ao caráter democrático, tem-se que a gestão deve ter a participação dos destinatários da proteção. Entretanto, é necessário ressaltar que a redação do citado preceito

constitucional revela a falta de noção do sistema de proteção social, inclusive pelo constituinte, em especial o da EC nº 20/98.

Isso porque, a redação original, embora tenha cometido um equívoco ao mencionar “em especial de trabalhadores, empresários e aposentados”, referia-se a participação da comunidade, na qual pode-se entender a participação dos destinatários de cada uma das subáreas componentes da seguridade social. Diz-se equívoco quando utilizou “em especial de trabalhadores, empresários e aposentados”, pois eles estão relacionados à previdência social e não a toda a seguridade social. Mas, de qualquer forma, o termo “comunidade” atendia as outras duas subáreas (saúde e assistência).

A EC nº 20/98 eliminou a pouca noção de sistema que o dispositivo continha, uma vez que retirou o termo “comunidade”, tendo estabelecido a seguinte redação: “caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados”. A gestão quadripartite revela o caráter democrático, mas apenas da previdência social e o artigo 194 está tratando de todo o sistema e não de apenas parte dele. O referido equívoco obrigou que nas disposições específicas de saúde (art. 198, III) e de assistência (art. 204 (204, II) o tema voltasse a ser tratado.

Com isso, verifica-se que a falta de visão de conjunto do sistema de seguridade social é mais grave do que parece, já que não se limita ao ordenamento infraconstitucional.

O caráter democrático pode ser observado, por exemplo, na participação dos beneficiários nos conselhos de cada uma das subáreas, os quais foram criados pelas Leis nº 8.080/90 (saúde), nº 8.213/91 (previdência social) e nº 8.742/93 (assistência social).

O caráter descentralizado da gestão está relacionado à forma federativa de Estado, prevista no art. 1º da Constituição. Isso significa que os diferentes entes federativos terão participações diversas, principalmente considerando a proximidade em relação ao beneficiário. Isso se dá especialmente em relação à saúde e à assistência social, já que as duas subáreas são de atribuição comum de todos os entes da federação, conforme previsto no art. 23, II, da Constituição, o que não se dá com a previdência social, especialmente com o Regime Geral de Previdência Social, o qual é de atribuição exclusiva da União. Os demais entes federativos cuidam apenas da previdência de seus servidores titulares de cargos efetivos.

No que tange a este aspecto da gestão (descentralização), inicialmente se sustentava que estava relacionado à administração pública indireta, ou seja, que sua execução, tanto em relação às prestações, quanto à cobrança das contribuições, não poderia ser feita pela administração direta. O referido entendimento foi afastado pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 146.733-9, e, a partir da criação da Receita Federal do Brasil, todas as contribuições de seguridade social são arrecadadas pelo referido órgão. O mencionado

entendimento é fruto de uma visão baseada no sistema de proteção anterior à Constituição de 1988, no qual a previdência e a saúde eram dirigidas a parte da população e eram executadas pela Administração Indireta (INPS, INAMPS, IAPAS).

11. Custeio Prévio

O art. 195, §5º, da Constituição estabelece que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”. Com isso, garante-se a efetivação da proteção, uma vez que sem custeio não há que se falar em proteção.

O princípio do custeio prévio tem por objetivo revelar a decisão política de ampliar ou não o sistema protetivo, aliado à capacidade de financiamento da sociedade relacionada à proteção social.

Apesar do preceito, verifica-se que muitas leis majoram a proteção e não fazem qualquer referência às formas de custeio. Exemplo disso é a lei que instituiu o Estatuto do Idoso, a qual determinou que o benefício de prestação continuada da assistencial social (art. 203, V, da Constituição), concedido a um idoso, não deve compor a renda familiar *per capita* para a concessão do citado benefício a outro idoso. Assim houve a extensão de um benefício sem a correspondente fonte de custeio.

Também as decisões judiciais que ampliam a proteção sempre violam o citado princípio, já que o custeio advém de tributos e, nos termos do art. 150, I, da Constituição, apenas por meio de lei eles podem ser instituídos. Exemplo de decisão judicial que amplia a proteção, ficando no mesmo benefício mencionado no parágrafo anterior, é a decisão do STF, que determinou que fosse afastado os benefícios previdenciários no valor de um salário mínimo e, também, o benefício assistencial devido ao deficiente, já que o Estatuto do Idoso determinava que se afastasse apenas o benefício assistencial devido ao idoso. Além disso, o mesmo tribunal entendeu que o juiz, no caso concreto, poderá estabelecer outro critério de miserabilidade para efeitos de concessão da prestação, que não aquele previsto na Lei Orgânica da Assistência Social (¼ de salário mínimo). Com isso, houve uma majoração de um benefício, via Poder Judiciário, sem a correspondente fonte de custeio.

O princípio em comento tem por objetivo evitar medidas demagógicas, já que o aumento de uma prestação social pode inclusive trazer vantagens eleitorais, quer a um membro do Poder Legislativo, quer a um titular de cargo no Poder Executivo. Assim, ao propor a criação, o aumento ou a extensão de uma prestação de seguridade social, se respeitado o preceito do §5º do art. 195, deve-se também indicar a correspondente fonte de custeio, o que pode diminuir a “vantagem” que se teria com a ampliação da proteção, pois a criação de um tributo, muitas vezes, não é recebida de maneira positiva pela população.

Também, o princípio deveria evitar decisões generosas por parte do Poder Judiciário, mas, como já exemplificado, não tem sido óbice a milhares de decisões que tem afastado preceitos legais e ampliado a proteção, sem observância ao princípio em questão.

12. Solidariedade

A solidariedade sempre foi o fundamento da proteção social, efetivando-se em grupos menores, como a família, até grupos maiores, como a sociedade organizada, por meio do Estado. Nesse sentido, verifica-se que a solidariedade é um dos pilares do Estado brasileiro e um de seus objetivos, expresso no art. 3º, I, da Constituição.

No que tange à seguridade social, os artigos 194 e 195 da Constituição demonstram que a solidariedade é a base da proteção social brasileira. O *caput* daquele artigo estabelece que as ações de seguridade social são de responsabilidade, tanto dos Poderes Públicos, quanto da sociedade, revelando a solidariedade no que tange à execução das ações protetivas. O *caput* do art. 195 preceitua que o financiamento da seguridade social é de responsabilidade de toda a sociedade.

O princípio da solidariedade desempenha papel fundamental na seguridade social, a qual, por ter um caráter universal, proporciona proteção a todos aqueles que estão em situação de necessidade.

13. Financiamento da Seguridade Social

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. Para garantir a citada proteção, a Constituição prevê meios de financiamento, cuja responsabilidade, conforme prevê o *caput* do art. 195, é de toda a sociedade, que o faz de forma direta e indireta.

A forma indireta é efetivada pela destinação de recursos do orçamento fiscal e pela parcela dos recursos dos concursos de prognósticos promovidos pelo Poder Público destinada à seguridade social⁷.

Verifica-se a destinação de recursos do orçamento fiscal, no art. 198, §2º (em relação à saúde) e no art. 204, parágrafo único (em relação à assistência social), ambos da Constituição.

Já a forma direta é efetuada por meio das contribuições de seguridade social, as quais tem seus pressupostos estabelecidos nos incisos do art. 195 e no art. 239, ambos da

⁷ Conforme PIERDONA, Zélia Luiza. *Contribuições para a seguridade social*, São Paulo, LTr, 2003, p. 62.

Constituição. Como regra geral, quem pode instituir as citadas contribuições é a União, conforme *caput* do art. 149, combinado com o art. 195. A única exceção está prevista no art. 149, §1º, que corresponde à competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios para instituir contribuição previdenciária de seus servidores, para o financiamento dos Regimes Próprios de Previdência Social.

Além das contribuições já pressupostas, a Constituição permite a instituição de outras fontes, no § 4º do art. 195. Emendas à Constituição também podem ser utilizadas para ampliar as fontes de financiamento, como foi o caso da CPME, a qual teve autorização pelas EC n.ºs. 12/1996, 21/1999, 37/2002 e 42/2003.

Também na forma direta de financiamento se inclui a possibilidade de o usuário ser chamado a participar diretamente do custeio, por meio do pagamento de serviços oferecidos pela seguridade social ou de parte deles, conforme se mencionou nos princípios da equidade na forma de participação do custeio e no da diversidade de bases de financiamento.

14. Áreas Componentes da Seguridade Social

O art. 194 da CF estabelece que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde (arts. 196-200), à previdência social (arts. 201, 202 e 40) e à assistência social (arts. 203 e 204). Conforme mencionado acima, a seguridade social apresenta duas faces: em uma delas encontra-se a saúde, que, a partir da Constituição de 1988, foi universalizada, ou seja, destina-se a todos, independentemente de ser trabalhador ou dependente de trabalhador. A outra face inclui a previdência e a assistência social, as quais juntas efetivam o princípio da universalidade. Nesta face, a assistência social tem natureza subsidiária. Essa subsidiariedade dá-se sob um duplo aspecto: será subsidiária da previdência, na medida que se um cidadão for beneficiário da previdência, não o será da assistência, ao menos no que tange às prestações pecuniárias, garantidoras de renda mínima. Além disso, será também subsidiária da proteção familiar, ou seja, da proteção privada, pois o Estado apenas deve atuar na ausência da proteção individual ou familiar.

A Constituição, no *caput* do art. 194, estabelece que as ações são de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade. Nesse sentido, quando menciona “Poderes Públicos”, deve-se ter presente que o Estado brasileiro é uma federação. Em razão disso, as atribuições relacionadas a cada uma das subáreas da seguridade social encontram-se definidas na Constituição.

Nesse sentido, o art. 23, II estabelece que a saúde e a assistência social são de competência administrativa comum de todos os entes da federação. Já em relação à previdência

social, apenas a proteção dos servidores públicos titulares de cargos efetivos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios são de competência administrativa dos mencionados entes federativos. O restante da proteção é de competência da União, tanto em relação a seus servidores, quanto no que tange ao Regime Geral de Previdência Social.

Feitas essas considerações, passa-se a tratar, sinteticamente, cada uma das subáreas integrantes do sistema de proteção social.

15. Saúde

A Constituição de 1988 universalizou o acesso a saúde, tendo assim preceituado no art. 196: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Assim, tem-se como características principais da saúde: a universalidade (direito de todos) e a igualdade de acesso às ações e serviços de saúde. Sua efetivação deve ser efetuada por meio de políticas sociais e econômicas.

Em relação à saúde, a atribuição, conforme referido acima, é de todos os entes federativos. Isso está demonstrado no preceito do art. 198 da Constituição, que assim estabelece: “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”, organizado de forma descentralizada, com direção única em cada esfera de governo.

O referido dispositivo constitucional ainda prevê o atendimento integral, no qual serão priorizadas as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais. Por fim, o enunciado estabelece a participação da comunidade, a qual revela a gestão democrática a que se refere o inciso VII do parágrafo único do art. 194 da Constituição. Assim, mesmo que o art. 198 não mencionasse a participação da comunidade, haveria a referida participação, em razão do princípio da gestão democrática.

Embora a saúde seja universal, no sentido de não estar mais limitada aos trabalhadores e seus dependentes, a ela se aplica também o princípio da seletividade. Nesse sentido, ressalta-se que mesmo que a Constituição não estabelecesse expressamente o citado princípio, haveria a implementação progressiva do princípio da universalidade, haja vista a disposição do item “1” do art. 2º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁸, o qual tem aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro (Decreto 591/92).

8 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios

Os §§ 1º a 3º do art. 198 estabelecem preceitos relacionados à forma indireta de financiamento da saúde, na medida em que determinam a destinação de recursos dos orçamentos fiscais dos entes federativos à saúde, além das contribuições de seguridade social, mencionadas na primeira parte do §1º do art. 198.

Nos termos do art. 197 da Constituição, as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público sua regulamentação, fiscalização e controle. A execução pode ser feita diretamente pelo Poder Público ou por terceiros, neles incluindo-se pessoa física ou jurídica de direito privado.

Importante mencionar que a saúde, por ser uma área integrante da seguridade social, deve observar os preceitos dos arts. 194 e 195 da Constituição, que são normas dirigidas ao sistema de proteção social. Com isso, a responsabilidade na efetivação do direito à saúde não é exclusiva do Estado, já que, nos termos do *caput* do art. 194, as ações de seguridade social são de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade.

Por fim, “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada” (art. 199), a qual poderá “participar de forma complementar do sistema único de saúde, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”. Portanto, a Constituição também prevê a proteção privada à saúde, o que comprova, mais uma vez, que o Estado não é o único responsável pela efetivação do direito à saúde.

O ordenamento infraconstitucional relativo à saúde tem suas normas básicas nas Leis nº 8.080/1990 e nº 9.656/1998.

16. Previdência Social

A previdência social é um direito dirigido aos trabalhadores e seus dependentes e tem por objetivo garantir recursos nas situações em que eles não poderão ser obtidos pelos próprios trabalhadores. Com isso, a previdência garante a manutenção do nível de vida do trabalhador, embora limitada a um determinado patamar de proteção.

Entretanto, é um direito que exige o cumprimento de um dever, na medida em que exige a contraprestação direta do segurado para que ele e/ou seus dependentes façam jus às prestações previdenciárias.

A Constituição prevê a previdência obrigatória e a complementar: a obrigatória inclui o Regime Geral de Previdência Social (art. 201) e os Regimes dos Servidores Públicos (art. 40). Aquele destina-se a todos os trabalhadores, exceto os servidores titulares de cargos

apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

efetivos, os quais são protegidos pelos Regimes Próprios, no caso de o ente federativo o ter instituído.

Assim, por meio da proteção obrigatória o Estado viabiliza a todos os trabalhadores o acesso à previdência, garantindo-lhes proteção nas situações de necessidades elencadas no art. 201 da Constituição, como morte, idade avançada, invalidez etc.

A proteção previdenciária obrigatória apresenta limites, que inclusive pode ser o mesmo no Regime Geral e nos Regimes Próprios, haja vista as disposições do art. 40, §14, da Constituição.

O art. 201 da Constituição estabelece os preceitos aplicáveis ao Regime Geral, o qual é aplicado a todos os trabalhadores, excluindo-se os servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de suas autarquias e fundações, aos quais é destinada a proteção prevista no art. 40. Ainda são excluídos os militares, conforme estabelece o inciso X, do art. 142 e os §§ 1º e 2º do art. 42, todos da Constituição.

A previdência obrigatória tem como pressuposto o exercício de atividade remunerada e a contraprestação direta do segurado, por meio de contribuições sociais. Portanto, tem natureza profissional/contributiva.

A Constituição ainda prevê a previdência complementar, no art. 202 e nos §§ 14 a 16 do art. 40. Organizada de forma autônoma em relação à previdência obrigatória, a complementar é facultativa. Seu objetivo é permitir a continuidade do mesmo nível de vida do trabalhador⁹, especialmente quando seus rendimentos ultrapassam o teto de proteção da previdência obrigatória. As Leis Complementares 108/2001 e 109/2001 estabelecem normas dirigidas à previdência complementar.

O Regime Geral de Previdência Social é atribuição da União e, os Regimes Próprios dos Servidores Públicos, de cada um dos entes federativos. A previdência complementar é fiscalizada pela União.

17. Assistência Social

A assistência social é dirigida aos necessitados e o acesso à mencionada proteção independe de contribuição.

Segundo o *Relatório Beveridge*¹⁰, a assistência social deve atender as necessidades que não são cobertas pelo seguro (previdência social). Ainda segundo Beveridge, as necessidades deverão ser atendidas adequadamente, garantindo-se, assim, o nível de subsistências.

9 Segundo o *Relatório Beveridge* a previdência complementar atende às necessidades reais do trabalhador. BEVERIDGE, William. *Seguro social y servicios afines: informe de Lord Beveridge*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, p. 240.

10 William Beveridge, *Seguro social y servicios afines: informe de Lord Beveridge*, cit., p. 237.

Assim, por meio da assistência social é possível efetivar-se o princípio da universalidade, na medida que a previdência atende aos trabalhadores e, a assistência, os demais necessitados.

Possui previsão constitucional nos arts. 203 e 204, sendo regulada pela Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742/93).

A responsabilidade pela execução da assistência social é de todos os entes federativos, nos termos do art. 23, II, da Constituição.

O art. 204 da Constituição, nos incisos I e II reafirma o preceito do inciso VII do parágrafo único do art. 194, o qual dispõe sobre a gestão democrática e descentralizada da seguridade social: o inciso I trata da descentralização e o II da gestão democrática.

Por fim, o parágrafo único do art. 204 faculta aos Estados e ao Distrito Federal vincular, em seus orçamentos, receitas tributárias à assistência social, especificamente, até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, à programa de apoio à inclusão e promoção social.

18. Conclusões

Pelo exposto, verifica-se que o objetivo da seguridade social é proteger a todos os cidadãos, em todas as situações de necessidade. Para tanto, a proteção social é efetivada por meio de três direitos sociais (saúde, previdência e assistência social), os quais devem ser analisados no sistema de proteção social instituído na Constituição de 1988 e não de forma isolada.

A falta de visão sistêmica tem sido uma constante, tanto pelos membros do Poder Legislativo, quanto do Poder Judiciário, o que tem gerado incoerências no sistema de seguridade social, as quais certamente comprometerão sua sustentabilidade futura, afetando, dessa forma, a equidade intergeracional.

Para evitar isso, os preceitos de qualquer uma das subáreas da seguridade social devem ser interpretados a partir dos princípios específicos aplicáveis a todas elas. Além disso, por se tratar de direitos sociais, exigem análise que considere a coletividade protegida, que considere, também, as futuras gerações e não somente os atuais protegidos.

19. Referências

BEVERIDGE, William Henri. *Seguro social y servicios afines: informe de Lord Beveridge*.

Titulo Original: Social insurance and allied services. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo, Malheiros, 2009.

OIT. Estabelecimento de normas de seguridade social em uma sociedade global, documento 2, p. 25 *in* <http://www.ilo.org/public/spanish/protection/secsoc/downloads/policy/policy2s.pdf>.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. *Contribuições para a seguridade social*. São Paulo, LTr, 2003.

_____. A proteção social na Constituição de 1988. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, v. 01, p. 237-249, 2008.

O VALOR SOCIAL DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE: REFLEXÕES SOBRE O TELETRABALHO

DENISE FINCATO

Advogada. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS.
Pesquisadora. Email: denisefincato@gianellimartins.com.br

Resumo

O artigo estuda o instituto do teletrabalho no contexto principiológico-constitucional. Analisa se a nova modalidade de prestação de trabalho subordinado realiza o valor social do trabalho e, em especial, o princípio (jurídico) da fraternidade. Conclui no sentido de que as redes sociais, ferramentas e espaços onde o teletrabalho se desenvolve, apesar de opiniões em contrário, podem servir à comunhão humana e à interação laboral, devendo existir um pacto coletivo (público e privado) nesse sentido.

Palavras-chave

Valor Social do Trabalho; Princípio da fraternidade; Teletrabalho.

Resumen

El artículo examina el teletrabajo en el contexto principiológico constitucional. Analiza si la nueva forma de proporcionar empleo realiza el valor social del trabajo y en particular el principio (legal) de la hermandad. Concluye en el sentido de que las redes sociales, herramientas y espacios en los que el teletrabajo se desarrolla, además de las opiniones en contrario, pueden servir a la comunión y a la interacción humanas en el trabajo, necesarios para el desarrollo de la fraternidad, debiendo existir un pacto colectivo (público y privado) para eso fin.

Palabras clave

Valor Social del Trabajo; Principio de la hermandad; Teletrabajo.

1. Introdução

O valor social do trabalho constitui-se em um dos eixos para o sistema normativo-constitucional brasileiro e contribui de maneira decisiva para a significação do “Estado

Democrático de Direito”. As raízes deste dispositivo constitucional encontram-se em documentos históricos e internacionais, uma vez que brotam da evolução espiralada dos direitos humanos, que vão sobrepondo-se em dimensões. O valor social do trabalho, portanto, encontra-se muito bem confortado na 3ª dimensão dos direitos fundamentais que alberga os chamados “direitos de fraternidade”.

Dentre os diversos fatores que ocasionaram alterações nos regimes de trabalho, destacam-se a realidade econômica, os altos índices de desemprego, o fenômeno da globalização, as transformações tecnológicas e, evidentemente, os desequilíbrios no mercado de trabalho, fatos e circunstâncias comuns aos países iberoamericanos nos últimos anos. Neste contexto, as novas formas de trabalho, como o trabalho a distância, cada vez mais, ganham força.

O avanço das tecnologias de comunicação e informação contribui para novas concepções de trabalho. Trata-se de uma reestruturação nas relações de trabalho, que leva ao aparente paradoxo sistemático: como promover o valor social do trabalho e concretizar o princípio da fraternidade diante da utilização, cada dia em maior escala, do teletrabalho? O problema surge especialmente a partir do aparente isolamento do teletrabalhador e da pulverização da organização coletiva, prováveis reflexos do trabalho a distância.

Nesta senda, em continuidade à busca da realização do princípio do livre trabalho e da garantia de igualdade de acesso deste às pessoas desiguais (realização dos princípios da liberdade e da igualdade em si), surge a necessidade de pensar a concretização do “princípio esquecido”: a fraternidade.

O estudo terá como contexto o cenário brasileiro das atuais relações trabalhistas. Contudo, é necessário observar o que ocorre no mundo, salientando que é crescente o número de “teletrabalhadores”, especialmente na Europa e Estados Unidos, em decorrência da difusão da *Internet* e da flexibilidade das empresas na contratação de determinadas e específicas tarefas. O teletrabalho é modalidade de trabalho emergente de/em tal cenário e exige, inequivocamente, o uso da telemática.

A Constituição brasileira de 1988 estabeleceu, no art. 1º, os princípios fundamentais da República, contemplando a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Nesse diapasão, impende lançar luz sobre a problemática que gravita ao redor do teletrabalho a despeito da possível existência de um isolamento social do laborista, seja por discriminação do empregador ou pela insuficiência dos instrumentos tecnológicos de comunicação para capacitar o salutar convívio social do operário, intentando perquirir os limites de atuação dos aludidos mecanismos para edificar alguns alicerces sólidos acerca da temática posta à contenda.

Com meridiana obviedade, o instituto do teletrabalho passa pela simpatia social, vez que dele avultam diversos benefícios. No foco deste estudo, entretanto, advoga-se a ideia

de que se deve antever as moléstias dele advindas, como forma de impedir ou amenizar seus efeitos.

Assim, em prol do verdadeiro avanço da humanidade (de forma digna e justa), revela-se importante este estudo, que foca na intersecção entre a moderna forma de trabalho (teletrabalho) e o princípio da fraternidade, sempre com o objetivo de efetivar-se o valor social do trabalho.

2. Do Valor Social do Trabalho

O valor social do trabalho esteia-se em diversas construções de carácter constitucional, especialmente na área de direitos fundamentais. Como pré-apontado, o estudo do valor social do trabalho pressupõe a análise das dimensões dos direitos fundamentais para, especialmente, observar a 3ª dimensão: os direitos de solidariedade e fraternidade, difusos em essência.

O valor social do trabalho é positivado em documentos internacionais (Declaração Universal dos Direitos do Homem, por exemplo) e, nacionalmente, repete-se na Constituição Federal de 1988 (art. 170).

Jurisprudencialmente vê-se em decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho menção ao “valor social do trabalho” em alguns acórdãos, notoriamente ao debater o impacto de dispensas discriminatórias ou, ainda, ao forçar o cumprimento de alguns regimes de cotas (pessoas com deficiência, v.g.).

A afirmação do valor social do trabalho é essencial em Estados Democráticos e, normalmente, convive com a livre iniciativa, estando a ela associada em textos constitucionais, como a face oposta de uma mesma moeda.

O trabalho possui uma valoração entre os seres humanos. Esta valoração flutuou muito ao longo da história das relações. Inicialmente tido como natural e para consumo próprio (pré-história), em passos seguintes, viria a traduzir-se em instrumento de dominação (escravidão, servidão, etc.), atrelando-se à ideia de desmerecimento social e, até, de castigo (*tripallium*).

A evolução da razão humana e, principalmente, de alguns ideais calcados e/ou transformados em princípios basilares para o convívio humano sadio foi transformando o trabalho-dever¹ em trabalho-direito. Assim, por exemplo, a liberdade de trabalho se

1 Embora existam coerentes argumentações no sentido de que trabalho-dever não é conceito depreciativo ou de cunho negativo. Ao contrário, estaria lastreado no princípio da fraternidade, “manifestando-se como um dever genérico com a sociedade, ou seja, como uma parcela de contribuição que compete a cada cidadão para a melhoria da coletividade” uma espécie de dever metaindividual, portanto, correspondente a direitos genéricos e difusos de bem estar, recíproco e geral (FONSECA, 2009, p. 109).

consolida e se positiva (fim da escravidão, das corporações de ofício, etc.), e as ideias de trato “desigual aos desiguais”, em âmbito laboral, concretizam-se em diretrizes internacionais (convenções da OIT, por exemplo) e nacionais (a própria Consolidação das Leis do Trabalho é exemplo de ordenamento protetivo ao mais frágil, objetivando igualar juridicamente os que são social e economicamente desiguais), com forte influxo dos fundamentos da Justiça Social.

Digressões a parte, o valor social atribuído ao trabalho seria bem avaliado, para este estudo, à luz do “princípio da progressão social”, justificador, inclusive, da ramificação principiológica trabalhista, explicitada pelo uruguaio Plá Rodriguez e que tem como carro-chefe o princípio da proteção. Pois o princípio da progressão social, no ordenamento brasileiro, encontra-se já no caput do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, ao dizer-se que os direitos contidos ali ou em outros diplomas “visam a melhoria da condição social” de trabalhadores urbanos e rurais.

Ou seja, não se trata de mero sustento, trata-se de alcançar pelo meio considerado pela sociedade como moral e ético (o trabalho), os mecanismos, relações e objetos que tragam bem estar e felicidade ao trabalhador e sua família. O trabalhador almeja o *status* de partícipe da sociedade. Anima-lhe a ideia de pertencente ao grupo social, de possuir relevância enquanto ser humano. Isto também faz necessário discutir, então, o viés isolacionista que poderá redundar do uso do teletrabalho. Manter o laborista em sua casa, teletrabalhando, lhe tolheria o direito à inclusão social promovida por meio do convívio no ambiente laboral? O trabalho, neste caso, teria valor social?

O trabalho humano é a força propulsora de uma nação, gera riqueza e desenvolvimento. Entretanto, quando dissociado da preocupação com os aspectos sociais pode gerar quadros drásticos de extrema exploração, de desigualdade na distribuição de riquezas, de segregação dos incapacitados e, portanto, de desvios de seu desiderato mediato, que vai além do sustento do trabalhador e de sua família (fim imediato), proporcionando a inclusão deste e dos seus à vida social, econômica e política de um país. Neste sentido:

[...] o valor da força de trabalho, ou, em termos mais populares, o valor do trabalho, é determinado pelo valor dos artigos de primeira necessidade ou pela quantidade de trabalho necessária à sua produção. [...] Mas há certos traços peculiares que distinguem o valor da força de trabalho dos valores de todas as demais mercadorias. O valor da força de trabalho é formado por dois elementos, um dos quais puramente físico, o outro de caráter histórico e social (MARX, 1978, p. 90-95)

Mede-se o valor atribuído por uma nação aos aspectos sociais derivados do trabalho pela (pré)ocupação dispensada à classe trabalhadora, o que se concretiza nas legislações que regulam a organização do processo produtivo e também pelas políticas sociais (especialmente trabalhistas) implementadas pelo Estado e sua efetiva destinação.

Na seara constitucional brasileira, o trabalho é historicamente entendido como um direito fundamental de caráter metaindividual. Veja-se:

- **Constituição Federal de 1937**, Art. 113. “A todos cabe o direito de prover à própria subsistência e à de sua família, mediante trabalho honesto. O poder público deve amparar, na forma da lei, os que estejam na indigência”;
- **Constituição Federal de 1967**: “Título III. Da Ordem Econômica e Social. Art. 160: A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: ... II. valorização do trabalho como condição da dignidade humana”;
- **Constituição Federal de 1988**: “Da Ordem Econômica e Financeira - Capítulo I - Dos princípios gerais da atividade econômica. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VIII - busca do pleno emprego [...]”.

Os significados de “dignidade humana” e de “necessidades normais” do trabalhador, conceitos imbricados, onde a realização da segunda garante a existência da primeira, serão dados pela condição real de vida da classe trabalhadora (no caso, a brasileira), muitas vezes em vazão tremendamente inferior à pretendida pelo texto constitucional.

A Constituição Federal de 1988 ampliou sensivelmente os Direitos Sociais entendidos como realizadores da dignidade advinda e/ou geradora da ideia de inclusão². Destarte, o valor do trabalho corresponderia ao valor da dignidade humana, dignidade esta circunscrita notoriamente pelos direitos listados (acredita-se que exemplificativamente) no artigo 7º inciso IV da Constituição de 1988: alimentação, habitação, vestuário, higiene, transporte, enfim, direitos que permitem uma boa condição social e, preferencialmente, a melhoram.

Todo o arcabouço legislativo deve observar e contribuir para o cumprimento dos desideratos principiológicos. Na esfera laboral, pelo valor social que se empresta ao trabalho, entende-se como princípio mestre o princípio da progressão social³ (LIMA, 1994), este

2 Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados [...]; bem como amplia a cobertura do salário mínimo aos trabalhadores;

Art. 7º. [...] IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

3 LIMA, F.M.M. **Os princípios do direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1994.

a sua vez deflagrador da proteção da relação de emprego e do empregado, já que ceda a compreensão de que a progressão social advirá do trabalho.

A hipervalorização dos resultados econômicos sobre os humanístico-sociais pode levar a sociedade ao caos, fomentando o aumento indiscriminado do rol dos excluídos o que, juntamente com a violência urbana, pode levar até a uma ruptura social. Neste sentido encontra-se Rodrigo Deon (DEON, 2004) que alerta para a necessidade de reconhecimento e efetivação do princípio da valorização do trabalho:

Entretanto, a globalização da economia, por meio de seus instrumentos, como a revolução tecnológica, inferiorizou o homem à condição de mero instrumento de trabalho, substituindo-o pela máquina e priorizando o capital sobre o valor da dignidade humana. É claro que se deve buscar o progresso econômico do país, no entanto o desenvolvimento político, o econômico e o social devem estar harmonizados com o ordenamento jurídico, para que os direitos fundamentais não sejam ignorados na relação de trabalho.

E Renault (2004, p.75) acentua o perigo de se entender o trabalho meramente como um bem material:

Note-se, acima de tudo, que ainda é necessária a erradicação por completo da mentalidade de que o trabalho, qualquer que seja o sistema de produção, é um simples bem material, que só interessa ao indivíduo e não a toda a sociedade; é indispensável o convencimento por parte de alguns setores produtivos de que a organização do trabalho alheio “deslizou” definitiva e irremediavelmente, há mais de um século, do plano puramente contratual para uma necessária e indispensável dimensão de tutela, pouco importando se o sistema da produção é rígido ou flexível, fordista ou toyotista.

O conteúdo axiológico do trabalho não tem sido devidamente observado, uma vez que até a economia o considera como apenas elemento do sistema econômico de um país, reduzindo-o a um aspecto “desumanizado da sociedade”. Mera peça de uma engrenagem. Lamentável equívoco que retira do labor seu mais importante significado: a dignidade que confere ao ser humano. Arruda (1998, p.4) enfrenta alguns dos efeitos da globalização, tais como o trabalho transnacional que pode, inclusive, se dar a distância:

A globalização intensifica a abertura de mercados e a migração de empresas para países e localidades que sejam mais lucrativas, ou seja, onde existe a mão-de-obra mais barata e a menor fiscalização e respeito aos direitos internacionalmente conhecidos como fundamentais para a classe trabalhadora. Além disso, o neoliberalismo privilegia a lógica exclusiva do mercado em detrimento do homem, desviando o avanço tecnológico para o fator lucro, em vez de ter como destinatário a valorização da vida humana.

Vanguardista é o pensamento que vislumbra o desenvolvimento de um país não pelo grau de riquezas acumuladas, mas pela qualidade de vida de seu povo. E esta premissa, em nível de gestão estatal, notoriamente de definição de prioridades nas políticas públicas, de forma nenhuma pode ser ignorada, sob pena de subverter-se o conceito da finalidade do Estado que consiste na promoção do bem comum. Fica claro, então, que o abandono dos princípios constitucionais referentes à dignidade do trabalhador constitui-se numa tentativa de desmantamento do próprio Direito do Trabalho, uma vez que a atenuação daqueles leva indiscutivelmente ao esfacelamento do aparato jurídico e jurisdicional trabalhista.

A dignidade da pessoa humana encontra suporte no trinômio: liberdade, igualdade e fraternidade. Estes princípios encontram-se em diversos documentos internacionais que afirmam os direitos humanos, indicando-se seu nascedouro na Revolução Francesa (1789). A Constituição brasileira de 1988 também os menciona, positivando-os.

Entretanto, em qualquer esfera jurídica, e especialmente no âmbito laboral, veem-se construções legislativas e jurisprudenciais avançadíssimas em direção aos dois primeiros princípios (liberdade e igualdade) e nada ou pouca produção acerca da fraternidade. Guise-se, por oportuno, que se está a analisar a significação jurídica dos mesmos e não seus aspectos sociológico-cristãos (embora sobre o primeiro tenham certa influência). Alguns autores⁴ apontam-no como o “princípio esquecido” na evolução jurídica dos direitos humanos.

Entendendo-se a fraternidade como um princípio ativo, motor do comportamento e da ação dos homens, com uma conotação essencialmente moral, revelando os deveres dos homens para com a sociedade (local, nacional, internacional, ou seja, global), é que se avança no estudo. Em que o princípio da fraternidade poderia contribuir para esse estudo?

3. Do Princípio da Fraternidade nas Relações de Trabalho

A fraternidade em si, não vista como categoria jurídica, remete a ideias de amor entre irmãos, espontâneo e natural, como sói ser o amor intrafamiliar. Pois a espontaneidade é o elemento que mais dificulta sua compreensão como instituto jurídico, já que o Direito (notoriamente o positivado) é dotado de coercitividade.

Buscando o termo nos textos bíblicos, vê-se que está atrelado à noção de consanguinidade, família, tribo ou de pessoas ligadas por um forte elo comum, tal qual a fé.

4 Neste sentido, ver: ZAMAGNI, S. *Fraternità, il principio dimenticato*. In: Giornale Agorà. Entrevista a Marco Girardo. 3 out.2009, p.25; BAGGIO, A.M. **O princípio esquecido 1. A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. São Paulo: Cidade Nova, 2008; BAGGIO, A.M. **O princípio esquecido 2. Exigências, recursos e definições da fraternidade na política**. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

O princípio da fraternidade encontra conexão exata com a 3ª dimensão dos direitos fundamentais. Deveria ser naturalmente observado pela coletividade evoluída na consciência e práticas pertinentes aos princípios que também compõem a tríade, mas que se afirmaram com mais brevidade e força (por motivos políticos e econômicos notoriamente): liberdade e igualdade.

No entanto, é cediço que sequer liberdade e igualdade encontram-se perfeitamente acomodadas na cultura jurídica dos povos, especialmente no que toca ao Brasil. Que dizer então da fraternidade?

Neste sentido, muito ajudam as palavras de Panella citado por Baggio (2008, p.13):

[...] diferentemente dos conceitos de *liberté* e *égalité*, a importância da fraternidade não é nem jurídica nem institucional, sujeita, mais do que os outros dois, aos abalos da política prática. Daí a necessidade de uma sua reconsideração e, provavelmente, de uma sua reavaliação de natureza não mais politológica, mas sim de base antropológica.

Por isto, acredita-se que o resgate do princípio da fraternidade, como componente inseparável do trinômio e, ao mesmo tempo, como evolução dos mesmos para uma cultura de direitos e responsabilidades com características metaindividuais e solidárias contribuiria para a efetivação do direito fundamental ao trabalho e daí, dado o respeito ao valor social que lhe é intrínseco, geraria transformações sociais importantes. Neste sentido Barros, citada por Baggio (2008, p.13): “[...] somente a “trilogia” no seu todo, com a relação dinâmica entre os três princípios, confere fundamento adequado às políticas dos direitos humanos.”

Portanto, as relações sociais e de trabalho devem estar eivadas, em sua construção política, dos princípios consagrados no cenário da revolução. É da inter-relação entre eles que advém a eficácia das estratégias de direitos humanos.

Pelo esquecimento do princípio da fraternidade, como um princípio-guia das ações humanas, segue certa resistência às ideias (e ideais) de inclusão ou, pior, realizam-se inclusões “plásticas”, com o objetivo único de cumprir a legislação de cotas, v.g., desparceiradamente do compromisso social que a mesma traz em si. Assim, nos dizeres de Rawls (2008, p.16):

[...] no confronto com as ideias de liberdade e de igualdade, a ideia de fraternidade sempre teve um papel secundário na teoria da democracia. Ela é pensada como um conceito especificamente menos político do que os outros, por não definir, de per si, nenhum dos direitos democráticos (como a igualdade ou a liberdade em si mesmas), mas incluir muito mais certas atitudes mentais e certas linhas de conduta, sem as quais se perderiam de vista os valores expressos por estes direitos.

Nesta pesquisa, entretanto, o termo fraternidade será tomado como

[...] uma categoria relacional da humanidade, superando inclusive o conceito aristotélico de amizade política onde por meio dele o filósofo grego defendia que os cidadãos se unem, em consenso, para instituir uma determinada comunidade política. [...] A idéia de fraternidade que se pretende difundir exprime igualdade de dignidade entre todos os homens, independentemente de organização em comunidades politicamente institucionalizadas (MACHADO, 2011).

Por oportuno, registre-se que há certa compreensão de que a fraternidade seria mais um instituto auxiliar ao Direito ou até mesmo algo metajurídico. Por isto, será necessário o esforço em demonstrar sua natureza jurídica, especialmente à luz do constitucionalismo, onde o direito do trabalho de diversos países finca raízes importantes.

Pois bem, é na seara da fundamentalidade que se trabalha. Para além e muito antes do Direito positivado há um conjunto de prerrogativas que o ser humano possui e que devem ser respeitadas pelo simples fato de serem inerentes a todo o ser humano. Tais prerrogativas, tais direitos, são indisponíveis e, por isto, inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Sua consagração foi crescente e conexas à evolução da organização social dos seres humanos e guarda estreita relação com a necessidade de contenção do poder do governante absoluto e do próprio Estado frente ao cidadão (ao ser humano).

Podem-se apontar raízes ainda mais antigas, calcadas em ideários e desideratos humanistas e que marcaram o constitucionalismo moderno, tais como a Declaração da Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), onde se deu especial ênfase ao trinômio liberdade, igualdade e fraternidade, ao lado de outro, à época também tido como valor importante aos revolucionários: a propriedade.

Seguiu-se movimento de internalização dos direitos humanos, com consequente constitucionalização em diversos países. Naquele momento, a principal preocupação dos países era constitucionalizar a chamada 1ª Dimensão (ou Geração) de direitos fundamentais, fortemente calcada no valor liberdade, principalmente na garantia das liberdades do indivíduo frente ao seu Estado.

A evolução do pensamento liberal para outras bases, levou à transição do Estado Liberal para o Estado Social. Então, vieram à tona os chamados direitos de 2ª Dimensão (ou Geração), com especial destaque para o valor igualdade. É a vez dos direitos sociais serem inseridos nas cartas constitucionais e despontam como pioneiros o México (1917) e a Alemanha (1919), seguidos por muitos outros países, como o Brasil (1934). Importante para a área trabalhista, por isto merecendo referência, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (Rússia, 1918). O conjunto da constitucionalização dos direitos sociais e das declarações com o conteúdo supra, levaram ao Tratado de Versailles (1919) que criou a Organização Internacional do Trabalho. Os direitos de 2ª Dimensão

são direitos de prestação estatal, exigíveis pelo cidadão de forma individual ou por grupos individualizáveis e que se materializariam, precipuamente, em políticas públicas.

No entanto, o constante amadurecimento da teoria dos direitos fundamentais (é bem verdade, por vezes impulsionado por eventos catastróficos, como a 2ª Grande Guerra) levou à percepção de que as duas primeiras dimensões eram limitadas e que, algumas garantias pertenciam à humanidade em seu todo, presente ou futura, sendo devidas também por toda a humanidade, presente ou futura.

Caminhava-se no sentido da consagração dos direitos de fraternidade (o terceiro integrante do trinômio inicial) ou de solidariedade e, conseqüentemente, para um novo modelo de Estado: o fraternal (SARLET, 2004, p.56), o que levaria à consolidação dos Direitos de 3ª dimensão.

Neste sentido, em 1945, surge a Carta da Organização das Nações Unidas, que a institui como pessoa jurídica de direito internacional, com vida independente dos países que a constituem, formam e mantêm e que, já em seu preâmbulo reforça os três valores-lemas da Revolução Francesa de 1789, com especial enfoque para o solidarismo e a fraternidade.

No fluxo deste movimento universalizador dos direitos fundamentais, em 1948, a Assembleia Geral da ONU aprova a Declaração Universal dos Direitos Humanos que toma por base a declaração de 1789, mas a aperfeiçoa, notoriamente ao impor a todos o dever pelo respeito aos direitos humanos, que são de todos. Paulatinamente, as constituições dos países vão inserindo dispositivos de transcendência aos seus tradicionais limites soberanos. E nem se está falando dos países europeus, integrantes da União Europeia. O Brasil, com a emenda constitucional nº 45 de 2004, acrescentou o §3º ao artigo 5º, pelo que se comprometeu a considerar como se emenda constitucional fossem os tratados internacionais com conteúdo de direitos humanos aprovados no sistema de ratificação brasileiro, com votação em dois turnos e por 3/5 dos votos dos membros do Congresso Nacional.

Enfim, resta latente que o Direito existe em razão do homem e de suas relações com os demais. Nestes relacionamentos, parte-se da premissa de que todos os seres humanos são livres, iguais e dotados de dignidade. Todos estes valores são intrínsecos à sua mera existência humana, sem condicionantes de qualquer categoria ou tipo. É então que Machado (2011) complementa

Partindo desse novo paradigma, o caráter relacional e intersubjetivo dos direitos – relação entre sujeitos – receberá novos contornos. Não se concebe uma intersubjetividade excludente. Precisamos compreender o Direito como um instrumento que regulamenta condutas visando fazer com que os seres humanos vivam [sic] com o outro e não apesar do outro.

Em cada ser humano habita, num certo sentido, toda a humanidade. O outro, também sou eu. Tudo se reduz à unidade. Tudo é “um”.

Empiricamente até, é possível atestar o êxito de diversos Estados em garantir, nos limites do seu possível, a liberdade e a igualdade. No entanto, mesmo sucesso não se vê com relação à fraternidade, em que pese esteja expressa (escrita, impressa) nos principais documentos de todos os países que se dizem democráticos.

Aí reside o nó górdio: não se concebe, num cenário inter-relacional, liberdade e igualdade sem fraternidade, já que esta é premissa e ao mesmo tempo condição para a concretização daqueles. Mesmo que ainda estivesse no bojo de um Estado Liberal, o rudimento desta compreensão já se via esboçado na Declaração de 1789, que em seu artigo 4º rezava: “[...] a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos.”

Focar apenas na liberdade e na igualdade, olvidando a fraternidade, reforçaria apenas os direitos individuais, estaticamente depositados em um ser humano, desconsiderando que é da relação deste com os demais que se pode, até mesmo, falar em direitos.

A Constituição do Brasil de 1988, ao elencar os objetivos republicanos em seu artigo 1º expressa em catálise jurídica, disseminadora dos axiomas ali contidos, ser sua missão “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, donde se vê, claramente, a menção ao trinômio já destacado.

Solidariedade e Fraternidade⁵ são conceitos muito próximos no senso comum, podendo-se dizer que a solidariedade, inclusive, amplia a compreensão de fraternidade. Machado (2011), citando o Ministro Carlos Brito, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, aponta para a nova fase a ser vivida: o constitucionalismo fraternal ou altruístico. Registra que o Ministro o aponta como o clímax do constitucionalismo, e que reforça sua argumentação com os seguintes termos: “Depois que ele [o constitucionalismo] assumiu uma feição liberal ou libertária, uma função social ou igualitária, agora chega à terceira fase, que é a fraternidade, para ombrear todas as pessoas em termos de respeito, referência e consideração.”

Enfim, vislumbra-se uma categoria constitucional: a fraternidade, tal qual a liberdade e a igualdade. E, sem dúvida, esta interfere (porque constitucional) em todo o ordenamento jurídico brasileiro, agindo em todos os tipos e graus de relacionamento humano, inclusive os puramente particulares, como os empregatícios.

Este estudo, ainda, possui o escopo de demonstrar que diversos movimentos e fenômenos não jurídicos, mas com impactos importantes nessa seara, a partir da quebra do

5 FRATERNIDADE: s.f. 1 laço de parentesco entre irmãos. 2 união, afeto entre irmãos. 3 amor ao próximo (p. 360). SOLIDARIEDADE: s.f. 1 cooperação mútua entre duas ou mais pessoas. 2 fig. Interdependência entre seres e coisas. 3 identidade de sentimentos, de idéias, de doutrinas. (p.697) In: HOUAISS, A. e VILLAR, M.de S. Minidicionário da Língua Portuguesa. 3 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

paradigma clássico e da instauração de novas bases epistemológicas das relações trabalhistas, geraram novas formas de organização do trabalho. Nessa evolução, cresce também a consciência e positividade da mesma de que todos têm direito ao trabalho, entendendo-se este como um direito fundamental.

É então que, mercê de suas características conceituais e estruturais, reconhece-se como nova forma de trabalho, especialmente a partir da década de 70 do século XX, o teletrabalho, que ainda se encontra em processo de formação e evolução, não existindo acerca do mesmo um consenso conceitual por parte dos estudiosos do assunto, na medida em que tal instituto surge num cenário influenciado por fenômenos econômicos e sociais marcantes, como a globalização e a flexibilização de direitos sociais, embaixadores da necessidade de repactuações laborais. Nessa perspectiva, percebe-se que o teletrabalho pode representar uma alternativa à inserção no mercado de trabalho.

4. Aspectos Gerais do Teletrabalho

4.1. *Conceituação e Definição*

As conceituações sobre teletrabalho são variadas e se encontram em processo de harmonização. No teletrabalho subordinado, os empregados executarão tarefas fora do ambiente regular da fábrica, utilizando os modernos recursos da informática como mediadores desse relacionamento ímpar (FRANCO FILHO, 1998).

Jack Nilles (1997, p.15), apontado como precursor do teletrabalho, explica que “o teletrabalho [...] visa reduzir ou eliminar as viagens diárias ao trabalho por parte dos funcionários (ou proprietários) de uma empresa”. O trabalho à distância, de acordo com os ensinamentos de Pinho Pedreira (2000, p. 583):

[...] é gênero que compreende várias espécies, uma delas o teletrabalho. Outras modalidades de trabalho à distância podem ser mencionadas, como o trabalho em domicílio tradicional e aquele desenvolvido fora do centro de produção mediante o uso de instrumentos também tradicionais como o telefone, o bip, o rádio etc.”

Teletrabalho pode ser definido, conforme Pollyanna Andrade (2007, p. 285-6), como o labor exercido em um local distinto do centro de trabalho convencional, seja em domicílio ou em local intermediário, no qual o trabalhador não mantém contato pessoal com o empregador, mas pode se comunicar com ele, através dos meios de tecnologia de informação e de telecomunicação, visando a competitividade e flexibilidade nos negócios.

João Hilário Valentim (2000, p.100) propõe que teletrabalho seja conceituado como “a prestação de serviço destinada a outrem e sob a subordinação deste, exercida por um trabalhador, preferencialmente em sua casa e com o suporte de modernos instrumentos e tecnologias relacionados às telecomunicações e informática”, e afirma que o teletrabalho

não é trabalho a domicílio, embora comumente seja desenvolvido na casa do empregado, não é um trabalho precário ou “informal”, pois devem ser garantidos aos teletrabalhadores os direitos dos trabalhadores comuns, não é trabalho executado todo tempo em casa, porque o trabalhador também pode realizar parte de sua jornada de trabalho na sede da empresa, e, finalmente, não é trabalho típico de informática, eis que o empregado pode executar as tarefas que desenvolvia no escritório, podendo se dar com o suporte do computador, mas também do telefone, do fax, não necessitando essencialmente que o teletrabalhador seja profundo conhecedor de informática (VALENTIN, 2000, p. 98).

Carla Carrara da Silva Jardim (2003, p. 39-40) ressalta que “o teletrabalho consiste, sobretudo, em produção, tratamento, distribuição, exploração e manutenção dos sistemas de informação”, acrescenta, ainda, que nos países industrializados o teletrabalho é associado, principalmente, às tarefas administrativas, mas também

[...] é aplicado nas atividades de ensino e de formação, nas companhias de seguros, nos bancos, graças à padronização dos documentos, na venda por correspondência e no telemarketing, nos setores de informática e de telecomunicações, nos serviços de tradução, no tratamento de textos e dados, na imprensa, nas editoras, nas consultorias, entre outras atividades em que também se faz presente o teletrabalho.

Em defesa do teletrabalho, Jack Nilles (1997, p.27) narra que:

O lar pode ser uma base eficiente para o teletrabalho, permitindo reduções de custo significativas para o patrão e para o funcionário, possibilitando às pessoas acesso a empregos que de outro modo poderiam não estar disponíveis, proporcionando ganhos significativos de produtividade e inúmeros benefícios indiretos à sociedade (conservação de energia, redução da poluição etc.). O aspecto relacionado à redução da poluição atmosférica é um incentivo importante para que muitas organizações adotem o teletrabalho, geralmente em resposta a legislações ambientais cada vez mais rigorosas. Para muitos funcionários, o teletrabalho doméstico funciona somente como uma opção em meio-período.

Pode-se dizer, portanto, que o teletrabalho surge como uma nova modalidade de prestação de serviços, sem cobertura legal específica e satisfatória na maioria dos países até o momento e, ainda, que sua definição não responde a critérios jurídicos, mas, sim, a considerações práticas.

4.2. Caracterização da Relação de Emprego no Teletrabalho

A dificuldade na conceituação do teletrabalho é um reflexo da falta de legislação/regulamentação satisfatória sobre o tema, no entanto, utiliza-se do princípio do contrato-realidade e de alguns dispositivos legais que analogicamente se amoldam a este tipo

de organização de trabalho, no intuito de que se possa caracterizar ou não a relação de emprego.

Portanto, a prestação de serviços na modalidade teletrabalho cria necessariamente um contrato no qual, se presentes os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT, ter-se-á uma relação de emprego, sujeita, portanto, às regras da legislação trabalhista. Entretanto, se o contrato firmado entre as partes não contiver os requisitos caracterizadores da relação de emprego, provavelmente estar-se-á diante de uma relação de teletrabalho autônoma.

Pode-se afirmar que a subordinação é o mais importante elemento para demonstrar o vínculo empregatício. Não sem razão, portanto, o legislador nacional alterou a redação do art. 6º da CLT para admitir, no Brasil, o exercício da subordinação de forma telemática. Muito se pensou que, com o advento do teletrabalho a subordinação ficaria mitigada, todavia, o emprego da tecnologia não extinguiu o elemento subordinação da relação de emprego, podendo-se afirmar que, ao contrário, intensificou a submissão do empregado às ordens e à supervisão do empregador (OLIVEIRA, 2008, p. 23-9), obrigando, dessa forma, uma reformulação na compreensão do requisito subordinação.

Aplicando-se o princípio da primazia da realidade, configurada a relação de emprego através da observação dos elementos propostos pela legislação celetista, são devidos ao empregado por parte do empregador todos os direitos e deveres inerentes a esta relação contratual, constantes no artigo 7º da Constituição Federal de 1988, na Consolidação das Leis do Trabalho e outras leis e documentos pertinentes.

4.3. Considerações Acerca da Natureza Jurídica no Teletrabalho

Na análise do teletrabalho, Silva (2000, p.584) entende que a averiguação da natureza jurídica do teletrabalho não permite uma única resposta, pois depende da forma como se realiza a prestação de serviços, que pode ostentar a fisionomia de autônoma ou de subordinada, em relação a todas as modalidades de teletrabalho.

Em qualquer das suas modalidades, o teletrabalho pode ser prestado de forma autônoma ou subordinada (SILVA, 2002, p. 585). A natureza jurídica da relação, conforme Sérgio Pinto Martins (2001, p. 354):

[...] vai depender do tipo de situação fática que envolva as partes. Pode ser um contrato de trabalho, um contrato de prestação de serviços sem vínculo de emprego etc. [...] Até o presente momento não tem regulamentação, sendo utilizadas normas previstas para outros contratos, que são adaptadas. Poderá ser um contrato de natureza civil, comercial, trabalhista, ou a mistura dos dois primeiros⁶.

6 MARTINS, Sérgio Pinto. **Teletrabalho**. Repertório IOB de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário. São Paulo. v. 2, n. 18, 2001. p. 354.

Dada sua especificidade, o teletrabalho é uma atividade de natureza controvertida, pois apesar de ser um tema em ascensão, principalmente porque requer a flexibilização das normas trabalhistas, para si no Brasil ainda não há regulamentação própria suficiente, o que provoca a carência de proteção jurídica das partes, fazendo com que os julgadores utilizem a analogia para aplicar aos casos em que se verifique o teletrabalho (ANDRADE, 2007, p. 284).

4.4. *Ausência de Regulamentação Pormenorizada do Teletrabalho e sua Compatibilidade com as Normas Vigentes*

A falta de uma legislação específica para o teletrabalho faz com que frequentemente se utilize a analogia, o direito comparado ou ampliem-se os efeitos das leis vigentes para enquadrar essa nova forma de trabalho – muito embora atualmente tenha-se a Lei n.º 12.551, de 15/12/2011, que alterou o *caput* do art.6º e acrescentou parágrafo único à aludida norma, limitando-se a admitir o trabalho a distância como forma subordinada de trabalho⁷.

Desta feita, cumpre recordar que a atual Constituição Federal de 1988 prevê, no artigo 7º, inciso XXVII, a proteção do trabalhador em face da automação, na forma da lei. O preceito ainda não foi objeto da indispensável regulamentação legislativa, no entanto, quando vier a ser, certamente abrirá espaço para as questões relativas ao teletrabalho, eis que dentro da automação, sem dúvida, esse novo mecanismo se inclui (FRANCO FILHO, 1998).

A automação é resultado da adoção das novas tecnologias nos meios de produção, na medida em que, mais que a Revolução Industrial, que mudou completamente o comportamento e as relações de trabalho a partir do século XVIII, as alterações e os avanços tecnológicos dos últimos anos promoveram, de modo excessivamente rápido, modificações demasiadamente profundas nos meios de produção, como por exemplo, a inserção do teletrabalho na sociedade laboral, razão pela qual se deve reconhecer a importância e a necessidade da regulamentação minuciosa do tema (FRANCO FILHO, 1998, p. 92).

4.5. *Vantagens e Desvantagens do Teletrabalho*

As inovações tecnológicas trouxeram modificações substanciais nas estruturas sociais, que se estenderam ao funcionamento das organizações, particularmente, no modo de organizar e administrar o trabalho. O teletrabalho é resultado da evolução tecnológica,

7 Como habilmente o fez Portugal, ao inserir diversos e minuciosos artigos no Título “Teletrabalho” de seu Código do Trabalho.

especialmente das tecnologias de comunicação e informação, sendo possível, de acordo com o prisma por que se observe, verificar vantagens e desvantagens em seu uso.

No que tange as vantagens, entre as primeiras observadas, alinham-se algumas de interesse direto da empresa e do empregado, como diminuição de despesas de transporte, vestuário, combustível e demais custos em geral, aumento da produtividade, racionalização de instalações, equipamentos e material de trabalho. Por sua vez, entre as seguintes observadas, abordam-se algumas de interesse psicossocial do empregado, como liberação das tensões do tráfego na ida e volta do trabalho, supressão da rigidez de horário e liberdade para atendimento, no período de trabalho, de interesses pessoais e familiares incidentais (PINTO, 2000).

A doutrina majoritária aponta como fator importante, a possibilidade do teletrabalho se estender a um contingente humano que enfrenta dificuldade em obter emprego formal, atuando como um meio hábil de contribuição para a diminuição da desigualdade de oportunidades (MORAES, 2009).

Todavia, as vantagens elencadas podem revestir-se de desvantagens para alguns trabalhadores, eis que, por exemplo, o teletrabalho pode significar diminuição do tempo livre, isolamento social, redução da distinção vida profissional/vida particular, menores possibilidades de ascensão profissional, dificuldades para a fiscalização do bom ambiente de trabalho, dentre outras. Outro ponto negativo do teletrabalho é a quebra de privacidade, face às características mesmas dos sistemas internacionais de computação. Há que se cuidar desse aspecto porque existe risco de atentar contra as liberdades individuais e o direito de privacidade, garantido a todas as pessoas (FRANCO FILHO, 1998).

Observa-se, portanto, que o teletrabalho impõe uma mudança não só no aspecto econômico, jurídico e social, mas também no cultural, na medida em que, o fenômeno da globalização, que aproxima os povos e elimina as barreiras, abrange, também, o teletrabalho e é através dele que se deve buscar os instrumentos necessários para, adaptando as empresas e os trabalhadores a essa nova e irreversível realidade, reduzir os níveis de desemprego.

O teletrabalho distingue-se do trabalho tradicional pelo deslocamento da atividade profissional da sede física da empresa para outro local, mais favorável ao empregado. Ou seja, é realizado em domicílio, telecentros, centros satélites, *telecottages*, ou sem um espaço definido, quando se falará no teletrabalho nômade ou móvel.

Dentre as modalidades citadas, destaca-se para fins deste estudo o teletrabalho no domicílio do empregado que se tornou possível face à eficiência das novas tecnologias. Seja por intermédio de computadores, telefones, faxes ou outros, o teletrabalhador pode se manter telematicamente conectado com o empregador para a realização da atividade laboral, se esta for a modalidade contratual.

Desse novo local de trabalho (sua residência) o empregado pode até ser monitorado/controlado pela empresa com a qual mantém contrato de trabalho. Este monitoramento pode ser feito virtual ou presencialmente, através das novas tecnologias já desenvolvidas para este tipo de trabalho (sistema de *logins*, biometria, etc.).

Em assim sendo, o teletrabalho (trabalho a distância, mediado por tecnologia de comunicação e informação), que pode ser realizado na própria residência do trabalhador, é visto como alternativa de desconstrução daquele labor executado no ambiente de trabalho – ou seja, o teletrabalho desponta como mecanismo de descentralização do espaço laboral. Nesse passo, indaga-se se a garantia do sustento seria a realização do valor social do trabalho?

5. Fraternidade e Teletrabalho: Possibilidades

No sentido do supra estudado, necessário que o Estado novamente se ocupe da tarefa de realizar o princípio que parte do livre trabalho e da “igualização” dos desiguais, mas que chega à fraternidade como seu mote central. Esta ocupação se daria em níveis legislativos (regulamentação do teletrabalho, p.ex.), fiscalizatórios e, permeando os momentos retro, com um intenso movimento formativo-cidadão.

O fio condutor desta atuação, que transcenderia a figura do Estado, atingindo também sindicatos, ONG’s, empresas, empregados e cidadãos em geral seria, obviamente, o princípio da fraternidade e o dever de efetivação da 3ª dimensão dos direitos fundamentais.

Cediço que, nas sociedades pós-modernas, a seara tecnológica vem ganhando relevo e permeando as relações pessoais. À luz dessa razão, exsurtem as redes sociais como instrumentos aptos à efetivação dos aludidos relacionamentos de cunho individual e coletivo, rompendo com os paradigmas de tempo e espaço na promoção dos tratos pessoais.

Castells (1999) aponta que alguns críticos consideram que com a expansão da *internet* ocorre um isolamento social e uma ruptura da comunicação social e familiar posto que os indivíduos escondem-se no anonimato e praticam relações sociais em espaços não presenciais. Entretanto, o autor considera o debate bastante ultrapassado, uma vez que ele é anterior à expansão generalizada da *internet* e que teria sido gerado com base em experiências isoladas, além de não existirem pesquisas aprofundadas para comprovar a teoria.

Para o autor a *internet* possui um importante papel na reestruturação das relações sociais. Um dos fatores mais importantes deste processo é o individualismo como base do novo modelo de sociabilidade. Não se afirma que a *web* cria um modelo de individualismo em rede, mas que o individualismo em rede, já existente, tem na *internet* um importante suporte material para que ele se torne forma dominante de sociabilidade.

O individualismo em rede é um modelo social, ou seja, não constitui uma rede de indivíduos isolados. As redes existem, *on-line* e *off-line*, formadas de acordo com os interesses, valores e afinidades de cada um. Porém, não só por estar em rede formando comunidades, um sujeito perde sua individualidade. Assim, o sujeito pode manter tal sentimento, mas, ao mesmo tempo, fazer parte de relações sociais.

O sujeito fragmentado e múltiplo é aquele conduzido à sociedade em rede. As novas organizações sociais e as novas tecnologias vão alavancar esse sujeito em direção a referências híbridas, gostos cruzados e novas escolhas. Para Castells (1999) “Rede é um conjunto de nós interconectados. Nó é o ponto no qual uma curva se entrecorta. Concretamente, o que um nó é depende do tipo de redes concretas de que falamos”.

O mesmo autor menciona as mudanças sociais que vêm ocorrendo desde o final do século XX e que têm como principal força impulsionadora os movimentos de globalização e avanços tecnológicos, que levam a novas interpretações quanto à sociedade. Para ele a reestruturação do capitalismo e a revolução da tecnologia introduziram a sociedade em rede como nova organização social, com três pontos principais a saber: (a) globalização das atividades econômicas no que diz respeito ao ponto de vista estratégico. Essas se modificam e passam a ser organizadas em rede, tendo como características a flexibilidade e instabilidade do emprego e a individualização da mão-de-obra. O segundo (b) é uma cultura baseada em um sistema de troca de informações onipresente, interligado e diversificado em que é construída uma virtualidade real. E o terceiro (c) é a transformação das bases materiais da vida – tempo e espaço – perante um espaço de fluxos em que o tempo torna-se intemporal.

Para Castells (1999), na sociedade da informação, as informações e os processos dominantes estão organizados em redes, tornando-se, as redes, uma nova morfologia social. Essa lógica reorganizou operações de experiência, de poder e de cultura, de forma que o contexto da sociedade em rede contribuiu com um processo de dissociação entre sociabilidade e localidade e na formação das comunidades, assim, as relações sociais passam a ser regradas por novos modelos, diferentes daqueles determinados pelo território. Neste sentido, o Estado-Nação contemporâneo tem sua soberania relativizada e dá lugar às redes globais de riqueza, de poder e de informação, perdendo assim sua capacidade de intervir em transações globais com base em seu poder político estabelecido pelo território. Ocorre uma dissolução das identidades compartilhadas que representa a dissolução da própria sociedade como sistema social relevante. A construção de identidade legitimadora perde forças de maneira que as instituições e organizações da sociedade civil tornam-se cada vez mais vazias. Esses movimentos propulsionam os processos de fragmentação do sujeito, cuja identidade – em permanente estado de construção, com base em um atributo cultural, ou um conjunto de atributos culturais inter-relacionados – assume múltiplas representações sociais, uma vez que sua constituição se dá em função de tendências sociais

e projetos culturais enraizados em sua estrutura social, bem como sua visão de tempo/ espaço. Trata-se, portanto de um processo que não é único e nem finito e que permite ao sujeito pós-moderno uma combinação de valores tradicionais e contemporâneos envolvidos por uma esfera de fraternidade.

Nesse contexto, a rede surge como suporte de uma nova ideia de fraternidade mundial e se encontra, aliás, no centro de vários debates, obras, proposições políticas e culturais. Por que não encontrar na rede mundial uma oportunidade para uma nova solidariedade, uma nova consciência fraterna? E o teletrabalho não poderia revelar por sua própria essência uma significação fraterna?

O trabalho proporciona a qualquer trabalhador não só o sustento, mas também a sua aceitação social. O teletrabalho, por seu turno, tem o condão de angariar diversos benefícios ao empregado, ao empregador e à sociedade, vez que alcança o desígnio da mitigação do desemprego, precipuamente no que tange a uma ampliação da dimensão laboral face ao mercado exterior – ou seja, há a possibilidade do empregado se candidatar a inúmeras ofertas de trabalho, inclusive, em nível internacional (HERNANDEZ, 2011, p. 43).

Diante das inúmeras vantagens citadas como inerentes ao teletrabalho, é necessário questionar, também, acerca de um possível isolamento do laborista em virtude do teletrabalho. O teletrabalho, como outrora já se afirmou (FINCATO, 2008) pode ser desvirtuado e utilizado para fins meramente segregatórios, por exemplo, quanto a empregados homossexuais, portadores de HIV, pessoas com deficiência e outros podem ser “escolhidos” para exercer o teletrabalho, o que claramente distorce sua função social. É de trânsito corrente, pois, uma possível mácula sobrevivida da vanguardista relação laboral em mutação, já que esta poderá culminar em um fator de isolamento do laborista – muito embora o sociólogo italiano Domenico de Masi (2000, p. 265) seja preciso em asseverar que o teletrabalho está desvinculado do isolacionismo – o que podemos depreender da passagem abaixo:

O número menor de relacionamentos pessoais aqui do que no escritório, com os colegas, é amplamente compensado pelo maior número de relacionamentos pessoais em família, no edifício, no quarteirão. De resto, em cem cidadãos, apenas uns 30 trabalham em empresas; a socialização, portanto, é mais provável e mais “fisiológica” fora da empresa, no mundo das relações não coagidas.

Sob essa vertente, os itens concebidos anteriormente, não obstante tratem apenas de aspectos conceituais e legislativos, pugnam com clareza que, independentemente da nomenclatura que cunhe a determinado grupo social, os direitos fundamentais devem ocupar papel basilar no ordenamento jurídico pátrio, se configurando como parâmetro dentro do qual devem ser interpretadas todas as normas trabalhistas.

Desta feita, a atual Constituição Federal prevê garantias, a exemplo de documentos internacionais e mesmo de legislação anterior à sua promulgação, no sentido de que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana devem preponderar sobre os demais enunciados normativos.

O princípio da dignidade da pessoa humana traz consigo a inquestionável essencialidade do labor na vida do ser humano, não só por se tratar da forma como o homem obtém o necessário à sua subsistência, mas por ser instrumento de realização pessoal do indivíduo, tornando-o respeitável perante a sociedade e, principalmente, o incluindo no seio desta, como cidadão, possuidor de direitos e obrigações.

Destarte, considerando que o valor essencial da dignidade da pessoa humana rege todas as manifestações do ordenamento jurídico brasileiro, é possível citar como decorrências desse princípio, o direito à igualdade e proibição de discriminação entre trabalhadores.

No presente estudo deve ser observado, ainda, o princípio do valor social do trabalho, consagrado no art. 1º da Constituição Federal e abordado por Rafael da Silva Marques (2007, p. 146):

O valor social do trabalho é, e disso não se tem mais dúvidas, ao lado da dignidade da pessoa humana, o elemento principal de toda a Constituição, norma esta pertencente a um Estado Democrático de Direito. Este mesmo Estado, desta forma, apenas existe porque há trabalho humano. Se alguém pode adquirir um bem e dizer “é meu”, é porque há trabalho humano. Trabalho humano, portanto, elemento-chave do Estado, deve ser, de uma vez por todas, tratado como tal. É o que se pretende destacar e chamar a atenção com este estudo.

O autor ainda destaca que o trabalho, por si, não é um conceito econômico, sendo ele um elemento de existência humana. As pessoas trabalham para, muito além de prover sua subsistência, suprir suas demandas, não apenas materiais, mas também existenciais e de vida (2007, p. 149)⁸.

8 E prossegue o autor (Ibidem): “O trabalho não é apenas um elemento de produção. É bem mais do que isso. É algo que valoriza o ser humano e lhe traz dignidade, além, é claro, do sustento. É por isso que deve ser visto, antes de tudo, como um elemento ligado de forma umbilical à dignidade da pessoa humana. Valorizar o trabalho significa valorizar a pessoa humana, e o exercício de uma profissão pode e deve conduzir ao alcance de uma vocação do homem. Mesmo o mercado, para quem o trabalho nada mais é, isso em uma concepção liberal, do que elemento de produção, não pode prescindir de valorizar o trabalho como elemento crucial ao alcance da dignidade humana [...] é essa, portanto, a função não só dos intérpretes, mas da sociedade. Proteger o trabalho como elemento-cerne da Constituição de 1988, ao lado da dignidade da pessoa humana, realçando qualquer tentativa de violação deste fundamento, quer de forma legislativa, que no mundo dos fatos. A nova hermenêutica constitucional agasalha esta tese, basta boa vontade por parte da coletividade e dos intérpretes”

6. Conclusões

Nessa esteira de raciocínio, pode-se afirmar que o sistema constitucional de proteção ao trabalhador começa pelo princípio da igualdade, que veda qualquer forma de discriminação exercida pelo empregador de maneira direta ou velada, utilizando-se da modalidade de teletrabalho como instrumento de uma “política” isolacionista, conforme se depreende da leitura do caput do artigo 5º da Carta Magna de 1988, ou seja, à frente de todos os direitos e garantias fundamentais, orientando a interpretação a ser dada aos direitos e deveres individuais e coletivos. Portanto, o princípio da igualdade, também chamado de princípio da isonomia, possui ampla relevância no ordenamento constitucional brasileiro e/ou comparado, posto que assume a função de afastar todo tipo de discriminação e tratamento desigual aos cidadãos.

O princípio da igualdade pode ser visto de dois ângulos: a igualdade na lei, que tem a ver com a tarefa jurídico-política do legislador na elaboração da norma, e a igualdade perante a lei, que constitui imperativo a ser observado pelo aplicador do direito. Em outras palavras, tanto na elaboração como na aplicação da lei, há de ser observado o princípio da isonomia do tratamento.

Faz-se basilar esclarecer que a doutrina trata do princípio da igualdade juntamente com o princípio da não-discriminação, tendo em vista o natural liame que possuem.

O princípio da igualdade nada mais faz do que ventilar situações, de forma que as pessoas compreendidas nestas venham a ser tratadas por critérios diferentes e que, para alguns, sejam deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outros, sendo que, os pontos de diferença que se atribuem para discriminar determinadas situações devem ser decorrentes de aptidões pessoais e não de outros critérios individuais personalíssimos (CISZEWSKI, 2005).

Nesse sentido, reitera-se a posição de que o teletrabalho, em hipótese alguma, deverá ser mecanismo de um possível isolamento do laborista. É necessário pôr a temática sob a lente de uma pesquisa com o norte de identificar não somente o isolacionismo imposto – mas, mormente, aquele que segrega o empregado do convívio social no ambiente laboral, deixando-lhe apenas os meios de comunicação advindos das recentes inovações tecnológicas.

Ademais, mesmo o uso dos meios de comunicação e informação deve partir da ideia de rede social, propulsora do convívio humano sadio e comprometido, virtual mas real.

7. Referências

ANDRADE, Pollyanna Vasconcelos Correia Lima de. Teletrabalho no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho** (13. Região), João Pessoa, v. 15, n. 1, p. 284-303, 2007.

- ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito constitucional do trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal**. São Paulo: LTr, 1998.
- BAGGIO, A.M. A redescoberta da Fraternidade na época do “terceiro 1789”. In: BAGGIO, A.M. (org) **O princípio esquecido 1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. São Paulo: Cidade Nova, 2008.
- BAGGIO, A.M. **O princípio esquecido 2. Exigências, recursos e definições da fraternidade na política**. São Paulo: Cidade Nova, 2009.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008.
- BELMONTE, Alexandre Agra. Problemas jurídicos do teletrabalho. **Revista do Direito do Trabalho**: São Paulo. n. 127, jul./set., 2007.
- CASTELLS, M. **O Poder da Identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CASTELLS, M. **Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CISZEWSKI, Ana Claudia Vieira de Oliveira. **O trabalho da pessoa portadora de deficiência**. São Paulo: LTr, 2005.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 2005.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- DELGADO, Maurício Godinho. Proteções contra discriminação na relação de emprego. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000.
- DEON, Rodrigo. Os impactos sociais diante do ressurgimento das idéias liberais, e a dignidade da pessoa humana, como limite à flexibilização do Direito do Trabalho. **DireitoNet**, São Paulo, 04 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/14/52/1452/>>. Acesso em: 18 abr. 2011.
- FINCATO, Denise Pires. Acidente do trabalho e teletrabalho: novos desafios à dignidade do trabalhador. **Direitos Fundamentais e Justiça: Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS**. Porto Alegre: HS, v.2, n.4, jul./set. 2008.
- FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: uma análise juslaboral. **Revista Justiça do Trabalho**, n. 236, ago. 2003.
- FONSECA, M.A. **Direito ao Trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009.

- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Globalização e desemprego: mudanças nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. Reflexões sobre a desregulamentação do direito do trabalho: necessidade de preservar as garantias mínimas. **Revista Trabalho e Processo**, São Paulo, 7 (p. 20-8), dez.1995.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Globalização e desemprego: mudanças nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.
- HERNANDEZ, Márcia Regina Pozelli. **Novas Perspectivas das Relações de Trabalho: o teletrabalho**. São Paulo: Ltr, 2011.
- HOUAISS, A. e VILLAR, M.de S. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais Modalidades**. São Paulo: LTr, 2003.
- LENUZZA, Letícia Maria Emanuelli. **Teletrabalho: a tecnologia gerando uma nova forma de trabalho**. 2007. 93 f. Dissertação (Mestrado - Concentração: Relações de trabalho) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2007.
- LIMA, F.M.M. **Os princípios do direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1994.
- MACHADO, C.A.A. **A fraternidade como categoria jurídico-constitucional**. Disponível em <http://www.portalciclo.com.br>. Acessado em 18/04/2011.
- MARQUES, Rafael da Silva. **O Valor Social do Trabalho na Ordem Econômica, na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007.
- MARQUES, Rafael da Silva. O valor social do trabalho na ordem econômica. *In CADERNOS da ANAMATRA IV*, Porto Alegre, nº 3, abr. /jun. 2007.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **A continuidade do contrato de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **O direito do trabalho**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MARTINS, Sérgio Pinto. Teletrabalho. **Repertório IOB de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário**. São Paulo. v. 2, n. 18, 2001. p. 354.
- MARX, Karl. **Manuscritos econômicos e filosóficos e outros textos escolhidos**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho: uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: LTr, 2005.

- MASI, Domenico de. **O Futuro do Trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial**. Tradução de Yadyr A. Figueiredo. 5 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000.
- MORAES, Renata Luciana. **Teletrabalho muda relações empregatícias**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-25/teletrabalho-mudar-relacoes-entre-empregador-empregado>>. Acesso em: 08 set. 2009.
- NILLES, Jack M. **Fazendo do teletrabalho uma realidade: um guia para telegerentes e teletrabalhadores**. São Paulo: Futura, 1997.
- OLIVEIRA, Cristiano de. O contrato do teletrabalhador. **Justiça do Trabalho**, v. 25, n. 289, p. 23-29, jan. 2008.
- PADILLA, Antonio. **Teletrabajo, Dirección y organización**. Madrid: Rama, 1998.
- PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Repertório de conceitos trabalhistas: direito individual**. São Paulo: LTr, 2000. v. 1.
- RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Que é isto – o Direito do Trabalho*. In: PIMENTA, José Roberto Freire Pimenta & outros (coord.). **Direito do Trabalho: Evolução, crise e perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004.
- SARLET, I.W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: do Advogado, 2004.
- SARMENTO, D. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. O teletrabalho. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**. São Paulo. v. 64, n. 5, maio, 2000.
- SOARES JÚNIOR, Abeilar dos Santos. Configurações jurídicas do tele-emprego. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5836>>. Acesso em: 15 set. 2009.
- SOUZA, Marcelo Rodrigo Soares de. **Habitação e informatização: o Teletrabalho**. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/teletrabalho2.lia.pdf>>. Acesso em 15 de agosto de 2009.
- VALENTIM, João Hilário. Teletrabalho e relações de trabalho. **Revista do Ministério Público do Trabalho** : Brasília. v. 10, n. 19, Março, 2000.
- ZAMAGNI, S. *Fraternità, il principio dimenticato*. In: **Giornale Agorà**. Entrevista a Marco Girardo. 3 out.2009, p.25.

PARTICIPAÇÃO, DEMOCRACIA E LIBERDADE CENTRADAS NA ECONOMIA SOLIDÁRIA. A EFICÁCIA DA NORMA TRABALHISTA NA IBEROAMÉRICA, A PARTIR DOS MOVIMENTOS SOCIAIS E DAS TEORIAS DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

EVERALDO GASPAR LOPES DE ANDRADE

Professor Adjunto de Direito do Trabalho na Universidade Federal de Pernambuco e na Universidade Maurício de Nassau/PE. Professor da ESMATRA VI Região. Doutor em Direito pela Universidade de Deusto/ES.

ISABELE BANDEIRA DE MORAES D'ANGELO

Professora Assistente de Direito do Trabalho da UPE – Universidade de Pernambuco. Professora da Universidade Maurício de Nassau e da Faculdade Damas. Doutoranda em Direito. Mestre em Direito.

Resumo

O tema *eficácia da norma trabalhista no espaço* embora apareça dentre aqueles que integram os fundamentos do Direito do Trabalho ou a sua Teoria Geral, os doutrinadores clássicos não lhes dá a devida atenção. Mesmo assim, quando a ele se refere, embora incluído naquela dimensão de importância, o fazem para retratar qual a norma a ser aplicada ao trabalhador contratado para prestar serviços fora do país; ou para aqueles que foram transferidos em caráter provisório ou definitivo e, finalmente, para dirimir conflitos envolvendo categorias profissionais específicas. Este estudo pretende dar um tratamento analítico e categorial à *eficácia da norma trabalhista no espaço*, na medida em que o destaca como um tema vinculado ao discurso filosófico da modernidade, à universalização/legitimação do trabalho livre/subordinado e a recepção desta *a priori* pelas chamadas organizações e cooperações internacionais, bem como pelas normativas ditadas pelo União Europeia e o Mercosul. O estudo se propõe a estabelecer uma narrativa diferente: colocar frente a frente a regulamentação normativo/coercitiva e os absolutos universais decorrentes do sistema jurídico-trabalhista moderno e os movimentos sociais de raiz libertária que serão desencadeados pelo novo internacionalismo operário. Objetiva desvendar a aparente harmonia entre capital e trabalho e demonstrar o intrínseco e inerente antagonismo de classe. Os movimentos sociais e as teorias dos movimentos sociais formarão as bases desta reconfiguração teórico-dogmática, no sentido de privilegiar a Economia Solidária na Iberoamérica.

Palavras-chave

Eficácia; universalização; Legitimação; Ideologia; Teorias dos movimentos sociais; Organizações internacionais.

Resume

The theme effectiveness of labor standard in space even though it appears from those that make up the foundations of the Labour Law or his General Theory, classical scholars do not give them due attention. Still, when he refers, but included in that dimension of importance, they do to portray which standard to apply to the hired worker to provide services outside the country; or those who were transferred provisionally or permanently, and ultimately to resolve conflicts involving specific professional categories. This study aims to give an analytical and categorical treatment to the effectiveness of labor standards in space, to the extent that out as a theme linked to the philosophical discourse of modernity, the universal / legitimation of free / paid employment and receipt of this in advance by calling organizations and international cooperation, as well as the regulations dictated by the European Union and Mercosur. The study aims to establish a different narrative: put face to face the normative regulation / enforcement and universal absolute arising from modern legal-labor system and social movements of libertarian roots that will be triggered by the new labor internationalism. Aims to unravel the apparent harmony between capital and labor and demonstrate the intrinsic and inherent class antagonism. Social movements and theories of social movements form the basis of this theoretical-dogmatic reconfiguration, in order to privilege the Solidarity Economy in Iberoamerica.

Key words

Effectiveness; Universalization; Legitimation; Ideology; Theories of social movements; International organizations.

1. Introdução

O Estudo pretende abordar o tema *Participação, Democracia e Liberdade na Ibero-América, a partir da Norma Jurídico-Trabalhista no Espaço, dos Movimentos Sociais e das Teorias dos Movimentos Sociais*.

Parte, inicialmente, para questionar a doutrina jurídico-trabalhista clássica que negligencia quando trata da Eficácia da Norma Trabalhista no Espaço. Impressiona porque ela se insere dentre os estudos relacionados à Teoria Geral do Direito do Trabalho ou à Teoria do Conhecimento Jurídico Trabalhista.

Além de resumidos, ambíguos e lacunosos, os textos disponibilizados, especialmente aqueles que integram os manuais, se restringem às controvérsias oriundas das aplicações

das normas internas destinadas à proteção e ao regramento das relações de trabalho envolvendo profissionais que são contratados no Brasil para trabalhar noutro país; ou são transferidos de maneira definitiva ou provisória. Envolvem, ainda que excepcionalmente, outras controvérsias resultantes das relações de estrangeiros que trabalham no Brasil, especialmente aqueles que trabalham em consulados e representações diplomáticas, consulares, etc.

Seguindo a proposição analítica ou categorial que inspirou trabalhos e livros publicados que seguem a teoria social crítica, os autores procurarão demonstrar a importância da ampliação da pauta hermenêutica tradicional, no sentido de revelar as motivações legislativas e ideológicas que levaram o Estado Moderno, as Organizações Internacionais, a União Europeia a vincular os sentidos da proteção social ao trabalho - contraditoriamente livre e subordinado, a manter uma postura ambígua a respeito das verdadeiras funções do sindicalismo, na medida em que se omitem e rejeitam a função emancipatória e contra-hegemônica dos movimentos coletivos organizados.

Esta a razão pela qual começa colocando em relevo o triunfo global do capitalismo, a fim de localizar a universalização das relações sociais de produção e do conjunto das relações sociais. Estes fenômenos desencadearam o aparecimento do sujeito de direito na sociedade moderna. Para compreendê-lo, faz-se uma análise dos argumentos lançados por Celso Naoto Kashiura sobre o sujeito de direito em Kant, Hegel e Marx.

Aprofundando os sentidos do trabalho na sociedade moderna, registra também o discurso filosófico da modernidade, no contexto da regulamentação normativo-coercitiva da ética moderna que, na visão de Zygmunt Bauman, estabelece uma aliança entre os legisladores e os pensadores modernos, pensamento ético que, aliado à moderna prática legislativa, buscarem abrir as possibilidades para uma solução radical, a partir das bandeiras gêmeas: universalidade e fundamentação. A aliança entre a prática dos legisladores e a universalidade significou a construção de um domínio, a partir de um conjunto de leis escritas instituídas num determinado território, no qual se estendia a sua soberania.

Este foi exatamente o caminho seguido pelo trabalho livre/subordinado que se universalizou enquanto objeto do Direito do Trabalho, espalhou-se, para integrar os sistemas jurídicos do Estado Moderno, mas, agora, entre em crise, inclusive na Ibero-América..

Fenômeno explicável também pelo binômio ideologia/hegemonia, na medida em que a evangelização, a glorificação e a legitimação/universalização do trabalho livre/subordinado se instituíram como forma política da existência, por meio das ideologias e no conjunto dessas práticas sociais, em que o comando empregatício patronal se torna um poder. Os empregados, como os súditos na política, autorizaram um consentimento “livre” e consuetudinário, a recepcionaram os sentidos da obediência.

Um sistema contraditório que, segundo Gramsci, aponta para os Aparelhos Ideológicos do Estado – um conjunto de instituições ideológicas, religiosas, morais, jurídicas, políticas e estéticas, dentre outras. Aqui, o estudo se vale da interpretação dada por Enoque Feitosa, a partir de Althusser, Marx e Gramsci para demonstrar esta transubstanciação – de trabalho sacrifício, vendido comprado, para trabalho evangelizado, glorificado, centro de referência da sociabilidade.

A leitura das relações internacionais, corolário da eficácia da norma trabalhista no espaço, só faz sentido quando se tem, como ponto de partida, ou seja, quando se estabelecer um confronto entre a universalização/legitimação do trabalho subordinado como objeto do Direito do Trabalho – centro de referência para as Organizações e as Cooperativas Internacionais, das normas comunitárias - e as possibilidades de uma outra universalização/legitimação decorrente de um novo internacionalismo operário, que privilegie as lutas emancipatórias a serem deflagradas simultaneamente nos espaços locais, regionais e supranacionais.

Por meio de um embate entre estas duas alternativas de universalização/legitimação dos direitos sociais, o estudo vislumbra a possibilidade de reconfiguração teórico-dogmática da eficácia da norma trabalhista no espaço e sua importância rumo a modelos de relações de trabalho participativos, democráticos e libertários no âmbito da Iberoamérica. Sobretudo, com a prevalência da Economia Social e Solidária.

2. O Triunfo Global do Capitalismo. A Universalização das Relações Sociais de Produção e do Conjunto das Relações Sociais

Marx e Engels (2012), já em 1848, registraram o caráter historicamente revolucionário desempenhado pela burguesia. Por isso, sempre que ela assumiu o poder, “destruiu todas as relações feudais, patriarcais, idílicas. Estilhaçou, sem piedade, os variegados laços feudais que subordinavam o homem a seus superiores naturais” (2012, p. 27).

O mais notável desta previsão, ideologia à parte, é que eles também sabiam que a burguesia não poderia existir sem revolucionar sempre os instrumentos de produção; “portanto, as relações de produção; e assim o conjunto das relações sociais” (Idem, 28). Admitiram, ainda, que “pela exploração do mercado mundial, a burguesia tornou cosmopolita a produção e o consumo de todos os países” (Idem, p. 29). Deixaram, por fim, uma constatação que se tornaria inexorável para que possamos compreender não só aquele caráter revolucionário, mas, como ele se mantém por meio daquilo que chamaram de rápido desenvolvimento de todos os instrumentos de produção – infinitamente facilitados pelas comunicações. Assim,

em apenas um século de sua dominação de classe, a burguesia criou forças de produção mais imponentes e mais colossais que todas as gerações

precedentes. O domínio das forças naturais, o maquinismo, as aplicações da química à indústria e à agricultura, a navegação a vapor, as ferrovias, o telégrafo, o desbravamento de continentes inteiros, a canalização de rios, o aparecimento súbito de populações – que século anterior se poderia prever que tais forças produtivas cochilavam no seio do trabalho social?

Segundo Leo Huberman (1986) “o crescimento da população, as revoluções nos transportes, agricultura e indústria – tudo isso estava correlacionado. Agiam e reagem mutuamente. Eram forças abrindo um mundo novo” (Idem, p. 174). Por isso, conforme anuncia Eric J. Hobsbawm (2009, p. 21), “o triunfo global do capitalismo é o tema mais importante da História nas décadas que se sucederam a 1848”, uma vez que “na década de 1860, uma nova palavra entrou no vocábulo econômico e político do mundo: o capitalismo” (Ibidem, p. 21).

Um estudo contextualizado sobre o Direito do Trabalho deve considerar o momento histórico em que se deu esta revolução, ou como diria Koselleck (1999, p. 10), que o “século XVIII É a antecâmara da época atual, cuja tensão se acentuou progressivamente deste a Revolução Francesa, que afetou o mundo inteiro, extensivamente, e todos os homens intensivamente.”. A função política que surge no seio do pensamento e nas aspirações da burguesia, aliado ao papel que eles desempenharam no âmbito do Estado Absolutista foram capazes de elaborar um significado político para o Iluminismo que forçou a necessidade de se “indagar sobre a estrutura da primeira vítima da Grande Revolução, o Estado Absolutista, cujo desaparecimento possibilitou o desdobramento da modernidade utópica” (Ibidem, p. 11).

A estrutura do poder econômico e do poder político já consolidado nas últimas décadas do século dezenove foi desenhada também pelos anarquistas. Nos textos produzidos entre 1880 e 1882, Kropotkin (2005) afirma:

Ou, então este capital irá construir ferrovias inúteis, no Gotardo, no Japão, no Saara, se preciso for – desde que os Rothschild fundadores, o engenheiro-chefe e o empreiteiro ganhem, cada um alguns milhões.

Sobretudo, porém, o capital se lançará na agiotagem: o grande jogo da Bolsa. O capitalista especulará com a alta factícia dos preços do trigo ou do algodão; especulará com a política, com a alta que se produzirá, em consequência de tal boato de reforma ou de certa nota diplomática; e, muito amiúde, serão – isto se vê todos os dias – os próprios corretores do Governo, que participarão destas especulações (Idem, p. 24).

Sem pretender entrar na peleja sobre uma reinterpretação categorial do marxismo, entendemos que faz sentido o argumento lançado por Moishe Postone (2014) de que uma crítica do capitalismo não pode ficar condicionada a uma noção trans-histórica de “trabalho”. Assim, o trabalho tem que ser visto como possuidor de um caráter socialmente

determinado e específico da formação social capitalista. Analisaremos essa qualidade específica elucidando a concepção de Marx do “duplo caráter” do trabalho no capitalismo. Sobre essa base poder-se-á determinar adequadamente valor como uma forma historicamente específica de riqueza e de relações sociais e mostrar que o processo de produção incorpora tanta as “forças” quanto às “relações” de produção, e não se limita a corporificar somente as forças de produção.

Vamos fazê-lo demonstrando que, de acordo com a análise de Marx, o modo de produzir no capitalismo não é simplesmente um processo técnico, é, na verdade, moldado pelas formas objetivadas das relações sociais (valor, capital). Daí se torna claro que a crítica marxiana é uma crítica do trabalho no capitalismo, não apenas uma crítica da exploração do trabalho e do modo de distribuição, e que a contradição fundamental da totalidade capitalista deve ser vista como intrínseca ao reino da produção em si, e não apenas uma contradição entre as esferas de produção e distribuição (Idem, p. 148).

3. O Sujeito de Direito. Sua Tríplice Compreensão – Kant, Hegel e Marx – Segundo Celso Naoto Kashiura

Um problema chave que envolve a teoria do direito remete, de início, como defende Celso Naoto Kashiura (2014) à compreensão do tema sujeito de direito. Para ele, a partir de uma tríplice compreensão – em Kant, Hegel e Marx. Em Kant, no sentido de entender o “segredo” da universalidade do imperativo categórico que reside na forma, ou seja, da forma da reciprocidade universal, que aparece simultaneamente subjetiva – por estar centrada no indivíduo e na ação indivíduo – e objetiva, por ser válida universalmente. Assim,

A universalidade, como forma, e o fim em si mesmo do ser racional, como matéria, implicam um modo de determinação peculiar da própria vontade do sujeito que se conforma ao dever objetivo. Pois, segundo Kant, não se pode conceber que o *imperativo categórico* determine a vontade do sujeito como algo que lhe é exterior. O *imperativo categórico* só pode emanar da mesma vontade que, como vontade de um ser racional, ao concordar com ele, concorda tão somente consigo própria. A vontade do sujeito, isto é, a vontade de todo e qualquer ser racional, há de ser então considerada simultaneamente como vontade legisladora universal. “A vontade – diz Kant – não está simplesmente submetida à lei, mas sim submetida de tal maneira que tem que ser considerada também como *legisladora ela mesma*, e exatamente por isso e só submetida à lei (de que ela se pode olhar como autora)”. Kant pode, então, falar coerentemente numa “livre sujeição”: a submissão da vontade à razão é submissão da vontade a si mesma, isto é, do sujeito a si mesmo e, portanto, de um sujeito que permanece livre ainda quando – ou melhor, exatamente quando – submetido à necessidade da ação formalmente conforme ao comando da razão (Idem, p. 30).

Imperativo categórico que se desdobra em princípios que estão já nele implicados e apresentados sob três diferentes formulações: “princípios práticos da moral; universalidade quanto à forma; o ser racional como fim em si mesmo, quanto à matéria; vontade racional como legisladora universal, no que diz respeito à determinação” (Idem, p. 31).

Já o direito abstrato e a universalidade da vontade livre se instituem, na filosofia do direito de Hegel, na medida em que se concebe o direito enquanto forma, “que a forma direito é determinada pela forma sujeito de direito, e que a forma sujeito de é necessariamente universal” (Idem, p. 89). Ao contrário da Metafísica dos costumes de Kant, a categoria sujeito de direito está presente e definida, sendo que o primeiro desdobramento que vai derivar-se do sujeito de direito é a propriedade – a primeira determinação da pessoa, da qual resulta o pressuposto capacidade jurídica, contida na personalidade jurídica que, por seu turno, “apresenta-se logo como a capacidade de ser proprietário” (Idem, p. 95).

Em Marx as versões - idealista e humanista – desta categoria jurídica *sujeito de direito* é problematizada e refutada, na medida em que são postas para dentro da própria dinâmica da formação social concreta; conduzida para o contrastante movimento histórico das relações de produção e, diante da estrutura de uma forma histórica de sociedade, as palavras de ordem – liberdade, igualdade, personalidade jurídica típicas do indivíduo isolado e do voluntarismo jurídico – se desvanecem.

Não seria mais na suposta “natureza humana” ou no “espírito” em seu progresso, “mas nas profundezas do modo de produção capitalista é agora encontrada a determinação real do portador abstrato de direitos e deveres, as raízes da forma sujeito de direito” (Idem, p. 159).

Resumindo a abordagem sobre o sujeito de direito em Kashiura Jr, podemos considerar, segundo as suas próprias palavras, o seguinte:

- a) Em Kant, pudemos destacar o delineamento de uma filosofia moral cujo fundamento é a universalidade de um sujeito moral autônomo e, portanto, cuja base real última é a circulação mercantil e a forma atômica do indivíduo isolado proprietário de mercadorias. Ao mesmo tempo, pudemos encontrar no pensamento kantiano propriamente jurídico, que é diretamente derivado dessa filosofia moral, uma figura que implica o sacrifício de uma universalidade do sujeito de direito, o *ius realiter personale*, meio-termo entre direito pessoal e direito real, segundo a esposa, os filhos e os criados domésticos podem ser possuídos como se fossem coisas pelo senhor da casa (pai e marido)... Contradição que pode ser explicada como uma tentativa, por parte de Kant, de “racionalizar” relações sociais ainda residualmente pré-burguesas. (Idem, p. 242)
- b) Procuramos, nesse sentido, mostrar que Hegel eleva o sujeito de direito à condição de pleno proprietário de si mesmo, e que essa propriedade tem, como

todas as demais, o caráter de “coisa exterior”, de modo que, ao dispor dessa “coisa exterior”, o sujeito de direito realiza a vontade livre “interior” intangível que o constitui. A coisificação “exterior” não apenas não viola a vontade “interior”, mas se realiza nela e por meio dela. Hegel assim resolve as exigências fundamentais que, por debaixo da circulação, a produção capitalista lança: a constituição do homem como sujeito de direito para que a força de trabalho circule livremente como mercadoria. A produção, no entanto, jamais aparece como tal – e a concepção hegeliana de sociedade civil, sobretudo com o sistema dos carecimentos e as desigualdades que lhe intrínsecas, é a cabal prova disto. (Idem, 243)

- c) Por fim, ao voltar a Marx, pudemos mostrar inicialmente a íntima proximidade entre o sujeito de direito e mercadoria, essas “duas formas absurdas” de sociedade burguesa. Pudemos encontrar, seguindo a via aberta por Pachukanis, a determinação imediata da forma sujeito de direito no processo de troca de mercadorias. Mas ainda, pudemos mostrar, a partir de Márcio Bilharinho Naves, a determinação em última instância do sujeito de direito pela produção especificamente capitalista, que, com a subsunção real do trabalho ao capital, realiza a abstração constitutiva da equivalência subjetiva jurídica... E tendo fixado o sujeito de direito como forma social especificamente capitalista, foi possível reafirmar a exigência incontornável de extinção da forma jurídica em conjunto com a extinção do modo de produção capitalista. (Idem, p. 243)

4. O Discurso Filosófico da Modernidade. A Regulamentação Normativo-Coercitiva e os Absolutos Universais da Ética Moderna. A Visão de Zygmunt Bauman

Para Zygmunt Bauman (1997), a marca da ética moderna consiste nas tentativas de tratar os problemas morais ou responder aos desafios morais, tendo como pressuposto a regulamentação normativa coercitiva, ou seja, a busca filosófica de absolutos universais e fundamentações centradas na teoria. A moral, enquanto aspecto de pensar, sentir e agir do gênero humano, no tocante à discriminação entre o “certo” e o “errado”, foi uma construção da idade moderna.

É que, na maior parte da história, havia pouca diferença entre os padrões da conduta humana, tal como hoje se estabelece, em termos de diferença que se passou a fazer na modernidade, quando o tema se dirige à conduta humana e suas distinções – utilidade, verdade, beleza, propriedade.

Parte do princípio segundo o qual, se, na modernidade, as pessoas adquiriram mentalidade individualista, já que passam a interessar-se egocentricamente só por si mesmas,

na medida em que ficaram sem Deus e perderam a fé nos dogmas religiosos; se o desenvolvimento moderno força os homens e as mulheres à condição de indivíduos, com suas vidas fragmentadas, separadas em muitas metas e funções soltamente relacionadas – cada uma a ser buscada em contextos diferentes e segundo pragmática diversa – era preciso construir uma visão unitária do mundo e substituir a diversidade pela uniformidade, a ambivalência pela ordem coerente e transparente.

A questão sendo colocada desta maneira: apesar de as condições existenciais do gênero humano na vida moderna terem sofrido alterações, a velha pressuposição de que a vontade livre se expressa apenas em escolhas erradas, bem como a compreensão de a liberdade, quando não monitorada, resvalar para a licenciosidade e, sendo assim, tornar-se inimiga do bem, continuou a dominar as mentes dos filósofos e as práticas dos legisladores. E tudo isso era visto “desde o alto”, pelos responsáveis, pelo “curso da sociedade”, pelos guardas do “bem comum”. Se a liberdade do indivíduo é suspeita, desde o início, pela imprevisibilidade de suas consequências e fonte constante de instabilidade, deveria preocupar aqueles observadores, por ser, também, elemento do caos. Liberdade que deveria ser freada, para assegurar e manter a ordem.

Não foi por acaso que o moderno pensamento ético, aliado à moderna prática legislativa, buscou abrir as possibilidades para uma solução radical, a partir das bandeiras gêmeas: universalidade e fundamentação. A aliança entre a prática dos legisladores e a universalidade significou, sem exceção, a construção de um domínio, a partir de um conjunto de leis escritas num determinado território, no qual se estendia a sua soberania.

Por outro lado, os filósofos cuidaram de definir a universalidade, no contexto de um traço inserido nas prescrições éticas que envolviam e compeliavam toda criatura humana àquela universalidade. Se, de um lado, a universalidade, na prática dos legisladores, aparecia como domínio, sem exceção, do aparato legislativo elaborado para vigor num determinado território em que se estabelecia a sua soberania; aos filósofos cabia definir a universalidade como aquele traço das prescrições éticas que, por seu turno, compelia toda criatura humana. Só pelo fato de ser criatura humana deveria reconhecê-lo como direito e a aceitá-lo como obrigatório.

Para ele, Jeremy Bentham, ao se manter fiel à inspiração de Hobbes, tornou-se o maior responsável pela agenda da moderna filosofia ética. Como os seres humanos têm deficiência de altruísmo, teriam eles necessidade da ameaça da coerção para serem encorajados a buscar os interesses da maioria. Portanto, as intenções e os atos morais somente poderiam ser concretizados por meio da engenharia social. E os engenheiros convocados para executar a tarefa seriam de duas espécies: a) os legisladores, que se encarregavam de produzir e sancionar as leis do país, com o objetivo de coibir aqueles que tentarem buscar egoisticamente a felicidade e consideram a felicidade dos que os cercam; b) os pensadores morais, a quem caberia uma dupla tarefa: de um lado, aconselhar os legisladores,

indicando-lhes a maneira como deveria ser socialmente manipulada a distribuição social dos prazeres e das dores. O objetivo era tornar mais provável a submissão. A segunda tarefa se voltaria para convencer os coagidos “de que eles fazem justiça a seu impulso de busca de felicidade se sujeitarem à coerção sem resistir” (Idem, p. 78).

A relação de emprego que se universalizou e se legitimou, com objeto do Direito do Trabalho, não é aquela centrada num tipo de coação subjacente, que existe em potência? Que decorre da subordinação da força do trabalho ao capital? Que está centrada no poder disciplinar de um dos sujeitos desta relação – o empregador?

5. A Filosofia – Ciência das Condições *a Priori*. Ideologia, Hegemonia e “Superação” das Contradições. Althusser, Marx e Gramsci, segundo Enoque Feitosa

Conforme esclarece Louis Althusser (1989), a filosofia pretende ser considerada como a ciência das ciências e se apresentar como a ciência das condições *a priori* de qualquer ciência e, como tal, pretende exercer poder sobre elas. Ao incorporar todas as práticas sociais e as ideias sociais no domínio do seu pensamento, para impor-se ela mesma sobre essas práticas e ideias, tem como objetivo dizer-lhes a sua verdade. Para isso, precisa absorvê-las e reelaborá-las com a sua própria forma filosófica. Ao apresentar-se como ciências das ciências ou como ciência das condições *a priori*, ao afirmar seu poder de verdade sobre as práticas e ideias sociais, as obriga a sofrer uma verdadeira transformação, muito embora essa Verdade costume ser imperceptível. Por isso, “na medida em que ou observa o todo ou pensa o todo, empurra o espaço exterior para dentro dela” (Idem, p. 29).

Aqui reside a forma política da existência das ideologias no conjunto dessas práticas sociais, em que o conceito de ideologia dominante se institui da seguinte maneira: na sociedade dividida em classes, o poder político encontra-se nas mãos da classe dominante. Mas, essa mesma classe dominante, para tornar o poder duradouro, necessita fazer com que o poder, pela violência, se transforme em poder político consentido. Para conseguir esse objetivo ela precisa, ainda, obter dos seus súditos, mediante um consentimento livre e consuetudinário, a sua obediência. Obediência que não pode ser conseguida, apenas, pela força. Este sistema contraditório aponta, segundo Gramsci, para os Aparelhos Ideológicos do Estado, caracterizados por um conjunto de instituições ideológicas, religiosas, morais, jurídicas, políticas e estéticas, dentre outras.

A partir desse conjunto de instituições, essa forma política de existência se unifica, para impor às massas exploradas a sua ideologia peculiar exatamente para que as massas a incorporem como sua própria ideologia. A ideologia que se constitui e ainda supera essas contradições quando aparece unificada em torno dos interesses essenciais dessa mesma classe dominante, sobretudo para assegurar a sua hegemonia, no sentido também gramsciano do termo.

Seguindo ainda o rastro de Marx, admite que uma determinada formação social encontra-se lastreada na sua infraestrutura econômica, ou seja, sobre a unidade de forças produtivas e nas relações de produção, mas, na infraestrutura está também enraizada a luta de classes - resultante do confronto entre os possuidores dos meios de produção e os trabalhadores mais diretamente explorados. Reforça o argumento segundo o qual, sobre essa infraestrutura, se edifica uma superestrutura – Estado e Direito, por um lado, e as ideologias, por outro – que faz a formação social reproduzir-se e reproduzir as suas próprias condições de existência – condições econômicas e políticas de reprodução legitimadas pelo Direito e pelo Estado.

As ideologias – jurídica, política, moral, religiosa, filosófica -, quando participam das relações de produção no conjunto das relações sociais, servem para assegurar a hegemonia e o ideal ou a cultura da classe dominante. Para ele, o conjunto das ideologias recebe da filosofia, sob as categorias de Verdade, essa unidade e a sua orientação, ou seja, a forma política da existência das ideologias, no conjunto das práticas sociais.

Unificar as ideologias em torno de uma ideologia dominante e conferir a esta o seu poder de verdade, a fim de reduzir as contradições e unificar as práticas sociais, corresponde a um “trabalho abstrato, de um trabalho de pensamento, trata-se de um pensamento puro, de uma teorização pura, a priori, portanto” (Idem, p. 48).

Afirma Enoque Feitosa (2012, p. 107-157) que o direito, como ramo específico do saber voltado para a regulação das relações sociais, somente poderá ser compreendido em sua plenitude, quando se utiliza de um método que “o insira como parte de uma totalidade histórica específica – a sociabilidade cindida -, isto é, aquela que é produto de uma formação social na qual a força de trabalho é apenas uma mercadoria” (Idem, p. 108). Numa sociedade estruturada dessa maneira, o direito cumpre um papel específico “de tecnologia social para lidar com conflitos resultantes dessas mesmas relações” (Idem, p. 108).

A partir das ferramentas disponibilizadas pelo método desenvolvido por Marx, é possível estabelecer uma interpretação histórico-social para o direito e, assim, inverter as perspectivas, para aquelas que “tentam explicar a sociedade pelo direito (e não o oposto), como se a forma jurídica fosse uma espécie de *deus ex machina*” (Idem, p. 108). A “visão jurídica do mundo”, sucedâneo da “concepção teológica do mundo”, torna-se um fenômeno tipicamente moderno, em que a chamada “consciência jurídica” cumpre um papel chave na sociedade burguesa e que tem, por outro lado, uma missão, um objetivo: efetivar o controle social.

O direito é assim compreendido enquanto representação cotidiana de um fenômeno ambivalente – infraestrutural e, simultaneamente, superestrutural. Reflete determinadas concepções sociais, pois rebate, no mundo das ideias, a luta concreta que se estabelece na infraestrutura das relações sociais, ao mesmo tempo em que interfere e cria realidades

sociais. Os conflitos não superáveis – que decorrem do quadro de desigualdades e que, por seu turno, exigem uma solução controlada desses mesmos conflitos, por intermédio do Estado – tornam-se a razão de ser ou de existir do próprio direito.

E a ideologia/hegemonia não se instituiu, na Sociedade Moderna, no Estado Liberal, quando a categoria chave da sociabilidade passou a ser o trabalho livre/subordinado; quando ideologicamente ele se transfigurou – deixou de aparecer como sinônimo de sacrifício, dor e passou a ser glorificado, evangelizado?

6. A Regulamentação Normativo-Coercitiva e os Absolutos Universais que Instituíram o Trabalho Livre/Subordinado como Objeto do Direito do Trabalho

Os autores deste trabalho¹ vêm insistindo na ideia segundo a qual o trabalho contraditoriamente livre/subordinado adquiriu o *status* de objeto do Direito do Trabalho, de *a priori* de suas teorizações, com o advento da modernidade. Foi exatamente neste ambiente político, econômico e social que o trabalho abstrato foi uniformizado, universalizado e recepcionado pela teoria jurídico-trabalhista e seu corpo de doutrinas. Esta uniformização/universalização legitimou o aparecimento de uma legislação específica destinada a disciplinar um tipo de relação jurídica especial – a do trabalho livre/subordinado/assalariado – e a resolver os seus conflitos.

Temos, ainda, lançado ideia de que o trabalho livre/subordinado/assalariado, que passou, a partir daquele momento histórico, a ser considerado o *ethos* fundamental da convivência das pessoas em sociedade e *a priori* das teorizações para diversos ramos das chamadas ciências sociais, não pode mais considerar-se objeto deste campo do conhecimento jurídico, porque se encontra refutado, por meio das evidências empíricas e analíticas presentes nos estudos avançados desenvolvidos pela teoria social crítica de vários matizes.

Temos ainda, deixado sempre as seguintes indagações: por que, diante de tantas alternativas de trabalho e de tantas opções teóricas e filosóficas que desqualificam aquela opção, foi exatamente esta que se uniformizou, se universalizou e possibilitou a construção de um sistema normativo-coercitivo específico que até hoje perdura? Por que, diante das evidências empíricas que constata as metamorfoses que atingem as relações de trabalho contemporâneas – trabalho precário, clandestino, terceirizado, subcontratado que

1 D'ANGELO, Isabele de Moraes. A Subordinação no Direito do Trabalho. Para ampliar os cânones da proteção, a partir da Economia Social e Solidária. São Paulo: LTr, 2013; ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. O Direito do Trabalho na Filosofia e na Teoria Social Crítica. Os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações. São Paulo: LTr, 2014.

convivem, ainda, como o desemprego estrutural, manter aquela alternativa de trabalho, hoje minoria, no contexto da população economicamente ativa?

Os juristas tradicionais continuam reproduzindo o mesmo argumento que conduziu o Direito do Trabalho a um ramo especial do conhecimento jurídico, ou seja: antigamente, havia trabalho escravo/servil; agora, trabalho livre/subordinado/assalariado.

A partir da glorificação, da evangelização desta modalidade de trabalho, afirma que este ramo do direito promoveu uma verdadeira revolução no campo do Direito Privado – especificamente, na esfera da autonomia da vontade. Na medida em que, ao contrário do Direito Privado – centrado na liberdade e na igualdade das partes, reconhece haver uma assimetria entre os sujeitos, no âmbito daquela relação jurídica especial – capital e trabalho, empregador e empregado - o Direito do Trabalho passou a erigir fundamentos capazes de conceder superioridade jurídica àquele que aparece, neste âmbito contratual – o empregado -na condição de inferioridade econômica – em relação à outra parte - o empregador. Daí foi possível elaborar um dos seus princípios nucleares: o Princípio da Proteção.

Apesar destas premissas, fica outra indagação: o Direito do Trabalho e seus fundamentos desencadearam realmente uma revolução no campo do Direito Privado ou foi ele próprio indispensável para legitimar os modelos de estado e de sociedade que surgiram após a queda do Absolutismo Monárquico – em que os poderes se encontravam nas mãos do clero e da nobreza, e permitir a ascensão da burguesia nascente ao poder e dar origem ao Estado Liberal – centrado no individualismo contratualista, na supremacia do trabalho vendido, comprado, separado da vida e no racionalismo instrumental a serviço da produção capitalista?

Esta mesma doutrina majoritária não consegue superar esta contradição, pois ela se encontra no centro de seus próprios argumentos: como eliminar a assimetria, a desigualdade entre aqueles dois sujeitos – empregador e empregado -, quando, de um lado, encontra-se aquele que admite, assalaria, dirige e disciplina a prestação pessoal de serviços – o empregador – e, do outro, aquele que fica jurídica, econômica e psicologicamente subordinado ao empregador – o empregado? Como eliminá-la se, em virtude dessa desigualdade, aparece uma coação - jurídica, econômica e psicológica - subjacente e que existe em potência?

Compreender a supremacia do trabalho vendido, comprado separado da vida como centro de referência da sociabilidade, significa reconhecer, de saída, o triunfo global do capitalismo e a universalização das relações sociais de produção dele decorrentes; significa reconhecer um sujeito de direito que foi imaginado para se envolver nesta trama; significa que a aliança entre os filósofos e os juristas modernos tratou de conceber uma regulamentação normativo-coercitiva e seus absolutos universais dirigidos à legitimação

da sociedade do trabalho centrada no trabalho contraditoriamente livre/subordinado; que esta legitimação somente poderia se instituir e se consolidar, na medida em que a filosofia assumisse a sua condição de *a priori* de qualquer ciência; quando a ética moderna procurasse dar respostas aos desafios morais, a partir, repita-se, de uma regulamentação normativo-coercitiva e de absolutos universais.

Esta regulamentação normativo-coercitiva centrada em absolutos universais legitimou o aparecimento de um tipo de sujeito de direito universalizado. Por isso, assevera Jorge Luiz Souto Maior (2011) que o capitalismo é um sistema pelo qual a sociedade de classes “se organiza polarizada em uma classe que ostenta o capital, e uma classe trabalhadora, que vem sua força de trabalho para satisfação dos interesses econômicos da classe dominante.” (Idem, p. 554). Para Reginaldo Melhado (2003):

O contrato de emprego, na sua gênese arquetípica, é um contrato de compra e venda – através do qual o trabalhador aliena sua capacidade de trabalho como mercadoria – caracterizado um elemento subjetivo específico: a intencionalidade da conduta do capitalista, que adquire a mercadoria força de trabalho para destiná-la à ampliação do capital, que por seu turno não é outra coisa senão trabalho objetivado... Contrapartida da alienação mercantil da força de trabalho, o salário é produzido pelo próprio trabalhador, pois ele quem produz todas as riquezas (Idem, p. 215).

7. A Eficácia da Norma Trabalhista no Espaço. Uma Visão Crítico-Prospectiva

Aqueles que, no âmbito do Direito do Trabalho, seguem o rastro da teoria social crítica também já evidenciaram a necessidade de colocar em relevo as relações sindicais – abstratas – diante da prevalência das relações individuais de trabalho, exatamente por tratar-se de um direito que surge da luta de classe. Mas, o fizeram articulando a doutrina jurídico-trabalhista crítica às teorias dos movimentos sociais e aos novos movimentos sociais.

Os autores deste trabalho compartilham desta versão analítica e deixam transparecer a sua oposição à corrente doutrinária dominante que, seguindo a velha tradição, acredita na harmonia entre capital e trabalho.

No plano internacional, questionam as possibilidades de um consenso que possa resultar dos interesses proclamados simultaneamente pela Organização Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Comércio; na crença da humanização do trabalho, sem que seja superada a subordinação da força do trabalho ao capital; sem que os direitos sociais a serem construídos possam ir além do trabalho livre/subordinado; sem que finalmente a eficácia da norma trabalhista, para manter a sua universalidade, prove-nha de movimentos emancipatórios e contra-hegemônicos a serem desencadeados nos

planos locais, regionais e supranacionais. Posição teórica que ainda tem relevância para a Iberoamérica, na medida que se apontará para um modelo de Sociedade do Trabalho centrado na Economia Social e Solidária.

7.1. As Organizações Internacionais e as Utópicas Possibilidades de Cooperação Internacional

Fica, portanto, esclarecido, de início que, do ponto da eficácia da norma trabalhista no espaço, os pressupostos teórico metodológicos não estão condicionados à hermenêutica – interpretação da lei interna às relações de trabalho prestados no exterior, mas aos modos de produção normativa e aos discursos ideológicos que se instituem e se estabelecem por meio da organizações internacionais, da cooperação internacional e que desencadeiam a formação de regras jurídicas e resolução de conflitos nas esferas locais, regionais e supraestatais.

No primeiro caso, tem-se, de um lado, a Organização Internacional do Trabalho e, do outro, a Organização Internacional do Comércio; no segundo, as regras jurídicas que provém do Parlamento Europeu e das disposições normativas extraídas do MERCOSUL. Tais experiências, no entanto, ficam restritas à proteção reducionista do trabalho livre/subordinado; e às possibilidades de atuação e de intervenção dos interlocutores sociais válidos, entendendo-se como tais as organizações sindicais de raízes reformistas.

Do ponto de vista da teoria jurídico-trabalhista, há dois critérios definidores da aplicação da norma trabalhista no espaço. No primeiro caso, segue-se a orientação traçada pelo Direito Internacional Privado. Neste caso, prevalece a lei do local da execução do contrato - Código de Bustamante – adotada pelo Brasil e que portanto opta pelo princípio da territorialidade, na salvaguarda a soberania nacional. Com o advento da lei 7.064/82 algumas controvérsias continuaram, quando se tem, na experiência, trabalhadores brasileiros que prestam serviços às empresas brasileiras que executam empreendimentos noutros países – com empregados transferidos ou já contratados para trabalhar no exterior; trabalhadores contratados por empresas estrangeiras para prestar serviços no exterior, etc.

No segundo caso, tem-se aquilo que Miguel Colina Robledo, Juan M. Ramírez Martínez e Tomas Sala Franco (1991) consideram, para o Direito Social Comunitário, como livre circulação dos trabalhadores assalariados. Deixam transparecer inclusive as dificuldades sofridas pelos trabalhadores que perdem o emprego, os trabalhadores fronteiriços, os trabalhadores de temporada, etc. (Idem, p 164).

Diante da complexidade das relações de trabalho, das metamorfoses em curso; quando se olha para a própria história da organização operária, verifica-se que o capitalismo não surgiu para ser hegemônico num determinado país ou numa determinada região, veio para ser, como de fato o é, hegemônico no mundo. Diante dos avanços, sobretudo

empreendidos pela tecnologia da informação e da comunicação, bem como aqueles trazidos pelas máquinas inteligentes, verifica-se que, antropológicamente, não é apenas o capitalismo que é nômade o trabalhador sedentário; este poderá ser também e, ao mesmo tempo, sedentário e nômade – neste último, para participar de um processo global de insurgência.

Examinando-se a questão por este prisma, verifica-se que a livre circulação de trabalhadores somente pode ser explicada historicamente por meio da dialética da colonização; a exploração, a discriminação e os distúrbios psicofísicos que atingem os trabalhadores imigrantes têm a ver com este mesmo domínio - agora comandado pelo ultraliberalismo global.

A professora Maria Clara Bernardes Pereira (2014) aponta para um rompimento com as novas faces do colonialismo e com os *apartheids* urbanos, na medida em que se pode reconhecer, no nomadismo operário contemporâneo, uma categoria integrante da nova morfologia do trabalho e das lutas emancipatórias.

Segundo Jérôme Bindé (2000), existe um novo espectro que assombra as cidades no limiar do século XXI, o *apartheid* urbano que aponta para modalidades de alojamento repartido por zonas de habitação e que distribui as pessoas segundo categorias de rendimento ou grupos e culturais.

Verifica-se claramente, nas grandes cidades ricas do mundo, o fosso entre bairros privilegiados e fechados sobre si mesmos e, do outro, os bairros onde ficam os imigrantes, as minorias étnicas, donde se pode constatar um verdadeiro dualismo, uma verdadeira segregação. Registra ainda uma vasta camada média que flutua entre estas duas categorias que também vive ameaçada de desqualificação social. Para a professora Clara Bernardes não é possível remover as barreiras discriminatórias que acompanham, ao longo da história, “a discriminação e a exploração do trabalho imigrante, sem se redefinir os sentidos do trabalho e redefinir também os sentidos do novo internacionalismo operário” (Idem, p. 121).

A professora Talita Rodrigues Mendonça, quando enfrenta o tema “O poder capitalista pós-industrial e nômade” (Idem, p. 87) e “os movimentos sociais globais contrários a exploração capitalista”, começa invocando o juslaboralista alemão Wolfgang Däubler (1997), para dizer que a internacionalização da produção e do comércio encontrou a sua expressão maior na criação de grupos multinacionais e estes modificam também “as forças no confronto entre capital e trabalho” (DAUBLER, 1997, p. 89). Por isso, os trabalhadores têm “dificuldade em localizar concretamente o centro das decisões, quanto mais em obter uma visão global de todas as atividades do grupo, inclusive a situação financeira” (DÄUBLER, 1997, p. 89).

Segue, na sua análise, também a trilha desenvolvida por Manuel Castells, para quem a sociedade está organizada em espaços de fluxos - “fluxos de capital, fluxos de informação, fluxos de tecnologia, fluxos de interação organizacional, fluxos de imagem, sons e

símbolos” (CASTELLS, 1999, p. 501). Por isso, representam processos de dominação da vida econômica política e simbólica e se tornam “o suporte material dos processos dominantes em nossa sociedade será o conjunto de elementos que sustentam esses fluxos e propiciam a possibilidade material de sua articulação em tempo simultâneo” (CASTELLS, 1999, p. 501). Este espaço - de fluxos - “é a organização material das práticas sociais de tempo compartilhado que funcionam por meio de fluxos” (CASTELLS, 1999, p. 501).

Mas, é exatamente neste mesmo espaço que se pode vislumbrar o retorno, ao lado das lutas reformistas - que dominaram o sindicalismo da segunda metade do século XX aos nossos dias - das lutas de caracteres político-revolucionárias, sem as quais não é possível o corte epistemológico para *a eficácia da norma trabalhista no espaço*, tal como propõem os autores deste trabalho, ou seja: do sistema de produção de normas internacionais - aplicáveis ou recepcionadas nos âmbitos locais e regionais; nos estados membros da União Europeia e do Mercosul – decorrentes de um pseudo consenso ou harmonia entre capital e trabalho, para criação e aplicação de normas provenientes de lutas coletivas – emancipatórias e contra-hegemônicas – a serem recepcionadas em níveis locais, regionais e supranacionais - deslocadas do trabalho livre/subordina, do sindicalismo reformista e voltadas para a prevalência da Economia Social e Solidária.

7.2. A Redefinição Teórico-Dogmática da Eficácia da Norma Trabalhista no Espaço. As Ações Coletivas no Contexto dos Movimentos Sociais e das Teorias dos Movimentos Sociais

No Direito do Trabalho, os movimentos coletivos partiam historicamente de uma vertente: os movimentos operários que se forjaram nas primeiras décadas do século XIX. Mas, o olhar da doutrina tradicional, sobretudo aquele que vem sendo lançado nos manuais, é quase sempre parcial e, por isso, peca pela superficialidade e repetição. É que ela concentra os seus argumentos nas lutas operárias que se desenvolveram no interior das organizações produtivas e que foram responsáveis por conquistas efetivas, tais como: limitação da jornada de trabalho; fixação de uma remuneração mínima e os sistemas de garantia de emprego. Esqueceu-se, no entanto, do paradigma mais importante e sem o qual aquelas conquistas não teriam sido efetivadas – a luta política, emancipatória e contra-hegemônica.

A ação sindical – de tradição marxista ou anarquista – tinha plena consciência de que a classe burguesa se instituiu, como classe hegemônica, a partir do seu caráter universalista. Veio para ser hegemônica e impor o seu poder em todo o planeta, e não em determinados estados ou regiões. A luta sindical se daria dentro destas duas perspectivas: a) aquela a ser travada no interior das organizações produtivas e que teria uma conotação meramente reivindicativa – esta, realçada pela doutrina jurídico-trabalhista -; b) a luta

político-revolucionária dirigida à emancipação social e que deveria ser instituída desde os espaços locais e regionais até o espaço global – esta, negligenciada por aquela mesma doutrina.

A complexidade e as metamorfoses contemporâneas não eliminaram os paradigmas tradicionais vinculados aos movimentos sociais decorrentes do mundo do trabalho. Mas, por outro lado, quando o pesquisador se depara com a vasta bibliografia vinculada à teoria social crítica constata uma proposição que se torna uniforme, como pressuposto dos movimentos coletivos: a emancipação social.

Depara-se, pois, com proposições e estratégias de lutas envolvendo questionamentos que vão além daqueles instituídos para combater as injustiças decorrentes da exploração do trabalho humano, forjadas no interior das organizações produtivas – concepção reformista - e em dois sentidos: um combate específico contra a sociedade do trabalho centrada no trabalho subordinado, com o objetivo de permitir, nesta fase de transição, a hegemonia da chamada economia social ou solidária, a proteção de todas as alternativas de trabalho e renda compatíveis com a dignidade humana e a adoção de uma renda universal garantida. Diante das fragmentações e metamorfoses vivenciadas, sobretudo a partir das rupturas introduzidas por meio da nova geopolítica global, promover o ajuntamento das lutas operárias a outras que vêm se desenvolvendo em torno deste núcleo comum - emancipação social.

Implica, sobretudo, debruçar-se sobre uma análise específica, no que diz respeito às ações coletivas e aos movimentos sociais, ou melhor, às Teorias dos Movimentos Sociais e seus paradigmas – seus paradigmas clássicos, contemporâneos e as possibilidades de sua reconstrução. Assim, ao contrário da visão reducionista de parte da doutrina jurídico-trabalhista, encarar as novas bases do protagonismo sindical contemporâneo, implica reconhecer que as ações coletivas e os movimentos sociais devem estar envolvidos com o pensamento crítico .

Estas as razões pelas quais vimos defendendo que os estudos direcionados aos movimentos e as ações sindicais devem posicionar-se academicamente levando-se em conta as seguintes dimensões: a) Remover as superficialidades encontradas em certos setores da doutrina dominante, no que se refere àquelas atuações coletivas dirigidas ao interior das organizações, a fim de caracterizá-las a partir de sua memória histórica; b) Incluir as ações coletivas de natureza política, dirigida à emancipação social, para remover a subordinação da força do trabalho ao capital; c) Articular os dois movimentos de natureza propriamente sindical aos demais movimentos libertários desencadeados atualmente, que têm a mesma natureza emancipatória e que se espalham por todo o planeta.

Foram os sentidos da universalidade e da fundamentação, da ideologia/hegemonia, do poder/saber, da estrutura – estruturada/estruturante - que legitimaram o trabalho

subordinado como *ethos* da convivência das pessoas em sociedade e como *a priori* das teorizações do Direito do Trabalho. Daí não poder-se falar em emancipação social sem falar-se em lutas emancipatórias. Muito menos sem as lutas sociais historicamente desenvolvidas no âmbito das relações coletivas de trabalho. Logo, este campo do direito não pode deixar de reconhecer o significado dos movimentos sociais na agenda da produção acadêmica nacional e estrangeira e, sobretudo, as teorias dos movimentos sociais.

Carlos Montaña e Maria Lúcia Duriguetto (2011) ampliam o universo teórico e político dos chamados Novos Movimentos Sociais. Por isso, apresentam uma divisão constituída de três grupos: o Grupo Acionalista; o Grupo da Esquerda Pós-moderna; o Grupo dos Segmentos Marxistas ou Comunistas.

As duas primeiras correntes “parecem hoje estar fundidas num rearranjo ‘culturalista’” (Idem, p. 330). Criticam também o enfoque institucional dos Movimentos Sociais, em que a atitude de confronto é deixada de lado, no sentido de privilegiar as condutas institucionais pragmáticas e propositivas que vão ao encontro do diálogo, da negociação e de formas alternativas de participação no sistema de representação de interesses. “Nesses espaços institucionais, bem como nos não monopolizados ou controlados pelo estado, se buscaria reformular a noção de interesse público e a noção do ‘direito a ter direitos’” (Idem, p. 334).

O grupo Acionalista, vinculado aos pensadores europeus não marxistas e influenciados pelos acontecimentos de maio de 68, na França – grupo liderado pelo sociólogo francês Alain Touraine, o alemão Tilman Evers, ao qual se integraria também a professora Maria da Glória Gohn. O segundo é constituído pela chamada Esquerda Pós-moderna e se inspira ainda nas teorias acionalistas. Também nega a herança tanto das bases teóricas marxistas – divisão da sociedade em classes; luta política revolucionária – quanto a vitalidade das organizações clássicas (partidos e sindicatos), que estariam superadas exatamente em face das demandas dos novos movimentos sociais que, por sua vez, estão centrados no universo cultural e na reprodução social – grupo em que se destaca o sociólogo Boaventura de Souza Santos. O terceiro reúne os Segmentos Marxistas e Comunistas, que se deslocam da dogmática stalinista e procuram enquadrar ou incorporar as demandas dos NMS às lutas de classe e às formas de organização herdadas do marxismo leninismo – partido e sindicatos – objetivando incorporar as lutas do NMS ao modo de produção capitalista e à luta política revolucionária. Concentra suas referências nas proposições lançadas por Jean Lojkin e Manuel Castells.

Montaña e Duriguetto vinculam-se à Leitura Marxista sobre os “NMS”, para afirmarem “o contexto histórico da análise marxista dos movimentos sociais dos anos 1960-1970 é exatamente o mesmo que o dos ‘acionistas’. A questão é que aspectos desse contexto são priorizados e como são interpretados; aí está o fundamento da divergência de análise” (Idem, p. 323). Antes, quando procuraram identificar “O aparecimento dos

chamados ‘NMS’” (Idem, pp. 264-267), admitem que foi naquele período que eclodiu o aparecimento dos chamados Novos Movimentos Sociais, como o movimento mundial de protesto contra a guerra dos Estados Unidos no Vietnã, o Maio de 1968, os movimentos ecológicos, urbanos antinucleares, feministas, dos homossexuais, pelos direitos civis dos negros nos Estados Unidos, entre outros (Idem, p. 264).

Reforçam os elementos positivos dessas novas alternativas de contestação, de lutas e de insurgências. Reportam-se aos argumentos lançados por Bihl (1998) e destacam a entrada - na cena política - de temas voltados para questões relativas “ao gênero, à raça, à etnia, à religião, à sexualidade, à ecologia, e aquelas que se relacionam à reprodução social, como os bens de consumo coletivo - saúde, educação, transporte, moradia etc.” (Idem, 266).

O que diferencia as suas convicções das outras duas correntes é que, primeiro, tais movimentos revelam uma preocupação maior e fundante: a reprodução do capital engloba um Modo de Produção Capitalista que, por seu turno, abarca a totalidade das condições sociais de existência e as “condições indiretas, secundárias, derivadas do movimento de apropriação capitalista da sociedade” (Idem, p 266). A compreensão marxista dos “NMS” coloca diretamente em questão as relações sociais capitalistas e as condições imediatas de sua reprodução. Na medida em que os NMS não se realizem no contexto e conjuntamente com a luta do proletariado (ou na ausência de uma luta como essa) deixa de lado um aspecto fundamental: a reapropriação das condições sociais de existência. “A ausência de mediação entre o movimento operário e os novos movimentos sociais desembocou na ausência de mediação entre os próprios novos movimentos sociais entre si” (Idem, p. 267).

O segundo limite encontra-se vinculado ao particularismo de suas demandas e na tendência de cada uma delas se isolar “em um grupo de problemas específicos, frequentemente sem relação aparente de uns com os outros, favorecendo seu fechamento em práticas localizadas” (Idem, p. 266). Esta versão acaba por retirar desses movimentos a perspectiva de inserção na esfera de uma realidade estruturada – econômica, social e política maior e da luta de classes. “Essa ‘retirada acabou por conduzir a uma convivência com o sistema, ainda que limitadamente contraditória, mas compatível com sua manutenção” (Idem, p. 266).

Para o pensamento marxista, a centralidade econômico-produtiva torna-se elemento fundante da “questão social”. Logo, “suas manifestações (pobreza, desemprego, questões de gênero e ambiental, a xenofobia, discriminação racial, sexual etc.), não desvanecem com as significativas mudanças no mundo capitalista contemporâneo” (Idem, p. 324).

Referindo-se às ideias lançadas por Castells e Lojkin põem em relevo os seguintes argumentos: a) “os movimentos sociais como expressão das lutas de classes” (Idem,

p. 325); b) a necessidade da formação de uma contra-hegemonia por parte das lutas de classes subalternas e a importância do partido político; c) o pensamento marxista acrescenta novos elementos no que diz respeito à articulação entre movimentos sociais e luta de classe, na medida em que esta luta não se limita à produção, mas envereda e envolve toda a sociedade e o aparelho estatal. Tem-se assim como uma síntese pertinente do pensamento lançado pelos citados professores:

Nesta perspectiva, Estado, sociedade civil e mercado (produtivo e comercial) são esferas da mesma realidade social e histórica, portanto, todas espaços de luta e demandas sociais, todas passíveis de conflitos e disputas. As ações sociais, e os movimentos sociais, podem se organizar em torno de demandas pontuais, e podem se desenvolver em espaços localizados, mas isso não retira o fato, nessa perspectiva, de terem vinculação com a forma dada no sistema capitalista de produção e distribuição de riqueza (fundado na relação de exploração entre as classes antagônicas, capital e trabalho) e seu acionar ter impactos (positivos ou negativos, transformadores ou mantenedores) das relações e estruturas nas esferas estatal, mercantil e da sociedade civil (Idem, p. 324).

Saber se os NMS têm aspectos positivos ou negativos transformadores ou mantenedores da realidade social vigente implica identificar a prevalência dos aspectos positivos e transformadores da realidade social. Resumindo os aspectos relevantes traçados analiticamente por Mantaño e Duriguetto, é possível enumerar os seguintes: a) “A mobilização de massas e sua organização política estão intimamente ligadas no movimento revolucionário” (Idem, p. 329). b) “Em vez de ‘parar’ ou ‘esfriar’ quando confrontados ao Estado, o movimento social será definido, em última instância, por sua capacidade de transformar o sistema socioeconômico no qual surgiu” (Idem, p. 329). c) O conteúdo ideológico e político das reivindicações e das ações devem definir “a capacidade de questionamento da hegemonia política da classe (ou fração de classe) dominante. Isso porque ‘o alcance histórico de um movimento social pode ser definido pela análise de sua relação com o poder político’” (Idem, p. 330). d) Sem desprezar a importância de uma luta simultânea de caráter reformista, ou buscar apreender as mediações entre essas duas estratégias – reformistas e revolucionárias, Mantaño e Duriguetto têm a clareza de que os movimentos sociais não podem deixar de lado a luta pelos direitos em suas programáticas interventivas, mas advertem: “a ofensiva estratégia da luta pelos direitos, e pelas ideias de justiça e de equidade que os revestem, só adquire um sentido emancipatório se estiver em consonância, em sintonia, com a luta por um projeto de superação da ordem social vigente” (Idem, p. 351). O quadro que eles apresentam (Idem, p. 350) para descrever as características do Movimento Sindical, dos Novos Movimentos Sociais (NMS) e a Organização do Terceiro Setor sintetiza a composição analítica do seu pensamento.

No âmbito da teoria social crítica e, mais particularmente, da cultura e do poder das organizações, surge também um campo específico da psicologia que se encontra vinculado ao ativismo político que se volta para as representações sociais em movimento e denuncia que temas relacionados à mobilização política são reduzidos a uma perspectiva ultrapassada e pessimista acerca das massas e das multidões. Segundo Guareschi, Hernandez e Cárdenas (2010), ao se refletir criticamente acerca dessa “identidade negada”, é possível encontrar vários argumentos e intenções ideológicas que justificam este posicionamento, tais como: “o enfoque individualista da psicologia dominante, a dualidade na constituição de uma Psicologia Política (ora individualista, ora comunitarista), a domesticação da vida pública proveniente, principalmente, da lógica individualista/capitalista” (Idem, p. 12).

Nenhum outro campo do direito se utilizou tanto da retórica para superação desses confrontos como o Direito do Trabalho, porque sempre esteve diante dos interlocutores sociais válidos – sindicatos obreiros e patronais, tanto para, por meio do processo não estatal – a negociação coletiva – produzirem, eles próprios, normas que sempre realimentaram incessantemente este subsistema jurídico ou para provocar os poderes instituídos – tanto nos espaços local, regional e supranacional – a resolver conflito e editar as regras a serem produzidas por esses mesmos poderes. Retórica que, no âmbito coletivo, se destina, como tantas vezes mencionado, à emancipação social.

Ver, dentro desta perspectiva, a eficácia da norma trabalhista no espaço, significa que ela não fica à espera - como sempre ficou - de uma visão do alto e de fora; uma visão que depende das organizações internacionais; da maneira como elas pensam os sentidos de uma “cooperação internacional”; como se fosse possível um avanço neste campo do direito, que pudesse minimizar o impacto da assimetria entre os sujeitos desta relação jurídica especial - entre aquele que detém o poder de comando e aquele que submete a sua força de trabalho ao capital, sem a restauração das lutas emancipatórias que devem acontecer simultaneamente nos espaços locais, regionais e supranacionais.

8. A Hermenêutica das Emergências e o Recurso à Reciprocidade. A Economia Social e Solidária na Ibero-América

Em 2005, Boaventura de Souza Santos (2005) coordenou uma obra que apareceu com o título *Produzir para Viver: os caminhos da produção não capitalista*. Aponta para uma *hermenêutica da emergência* e se propõe interpretar, de modo abrangente, a forma como determinadas organizações, movimentos e comunidades resistem à força hegemônica do capitalismo e recebem alternativas econômicas baseadas em princípios não capitalistas.

Neste contexto, traça as diversas alternativas de economia autogestionária e reforça os seus fundamentos teóricos, as suas práticas e a importância em se disseminar a cultura da solidariedade, nesse momento de crise e de mudança de paradigmas.

As investigações pertinentes à economia social ou popular têm colocado em relevo a presença das entidades sindicais na formulação dessas alternativas. Em tempos de desemprego estrutural, de baixa filiação associativa, de sindicalismo reformista e de resultados, a presença da economia solidária nas organizações sindicais amplia a sua capacidade discursiva e possibilita a adoção de novas estratégias de articulação e de lutas, em níveis locais e supranacionais.

Se, por outro lado, a proposta da doutrina trabalhista destina-se a ampliar os sentidos da proteção, para abraçar todas as possibilidades de trabalho e rendas e não apenas do trabalho subordinado, propomos, nessa esfera, a inclusão da Economia Social ou Solidária.

Se o que se busca é o recurso à reciprocidade, para dar sentido às relações individuais de trabalho, ela também se apresenta como mecanismo de resistência dos trabalhadores às tendências atuais do capitalismo, para dar novo sentido às relações sindicais.

As economias de autogestão são também denominadas de cooperativistas, economias informais ou economias populares. Seu conceito apareceu, pela primeira vez, no Brasil, em 1993, no livro *Economia de solidariedade e organização popular*, na qual o autor chileno Razeto a conceitua como:

uma formulação teórica de nível científico, elaborada a partir e para dar conta de conjuntos significativos de experiências econômicas [...] que compartilham alguns traços constitutivos e essenciais de solidariedade, mutualismo, cooperação e autogestão comunitária, que definem uma racionalidade especial, diferente de outras racionalidades econômicas (1993, p.40).

Nos dias atuais, define-se a economia social como sendo:

composta de organismos produtores de bens e serviços, colocados em condições jurídicas diversas no seio das quais; porém, a participação dos homens resulta de sua livre-vontade, onde o poder não tem por origem a detenção do capital e onde a detenção do capital não fundamenta a aplicação dos lucros (GUÉLIN, 1998, p.13).

Pode-se chamar de economia solidária, socioeconomia solidária, economia popular autogestionária e solidária, dentre outras. Por isso, se procura vivenciar um novo paradigma socioeconômico, político e cultural, com amparo na solidariedade, no qual esta última é vista como uma base essencial para a reconstrução do meio social nos quais vivem as classes populares ou de um novo modo de produção não capitalista.

Para Terezinha Libono, as principais características das empresas autogestionárias são:

controle totalmente exercido pelos trabalhadores; supressão da estrutura hierárquica de cargos, do parcelamento de tarefas, da desigualdade

de vencimentos por tempo de trabalho, da separação entre concepção e execução, descentralização de decisões e participação direta dos agentes sociais implicados; valorização dos membros, proporcionando ambiente de segurança; o lucro deve servir ao desenvolvimento da empresa para que esta possa servir aos que nela trabalham bem como à coletividade; primazia das pessoas e do trabalho sobre o capital na distribuição de lucros (2007, p. 238).

Há, no cenário da Iberoamérica, um Mapa Alternativo de Produção ou de Economia Social e Solidária que prioriza a dignidade humana e a preservação do meio ambiente e da natureza. Nesta linha, que deve a mesma ser priorizada, inclusive, para impedir o avanço de um modelo de desenvolvimento destrutivo que vem comprometendo os nossos rios, as nossas florestas, com impactos desastrosos para o equilíbrio climático global.

Em resumo: essa alternativa hermenêutica procura também ampliar as esferas em que os intercâmbios estejam concentrados na reciprocidade e não nos ganhos monetários; desencadeie a diminuição da dependência das pessoas em relação ao trabalho assalariado; possibilita uma remuneração igualitária dos trabalhadores-donos das empresas cooperativas, ao mesmo tempo em que cria formas de sociabilidade também solidárias, baseadas no trabalho colaborativo e na participação democrática na tomada de decisões sobre as empresas.

Finalmente, procura reordenar ou redefinir a exploração crescente dos recursos naturais, em nível global, decorrente da competitividade, do modelo de produção e dos parâmetros de consumo instituídos nessa mesma dimensão que ameaçam esgotar esses mesmos recursos naturais e que têm permitido esse tipo desastroso de produção e de consumo.

As opções e propostas registradas pelo aludido sociólogo implicam reconhecer as possibilidades efetivas de novos modelos de desenvolvimento alternativos, ideias que já vêm sendo lançadas nas agendas dos institutos e cooperações internacionais e ocupando um espaço relevante na produção acadêmica dos últimos anos.²

9. Conclusões

Embora o Direito do Trabalho se constitua como um ramo do conhecimento jurídico que surgiu da luta operária; que as relações sindicais se sobreponham às relações individuais fica patente a opção da doutrina pelo Direito Individual do Trabalho; opção

2 Apresenta um mapa exaustivo de alternativas de produção acrescido de dez estudos de caso que compõem o volume. Os estudos deixam ainda transparecer a importância da presença dos sindicatos na formação e no desenvolvimento das empresas autogestionárias, o que reforça a ideia de uma nova concepção para o Direito do Trabalho.

que tem um impacto direto não somente na vida acadêmica, mas também na formação dos profissionais do direito vinculados a este campo do conhecimento jurídico.

Este perfil acadêmico repercute ainda e decisivamente na maneira de pensar o Direito do Trabalho. É como se ele fosse resultado de um consenso entre capital e trabalho, perfil ideológico cujo interesse é esconder a presença dos antagonismos de classes.

Para os autores deste estudo, embora o perfil assumido pela doutrina clássica tenha relevância para solucionar casos concretos ou pontuais; para dar sentido a uma harmonização de jurisprudência e resolver conflitos individuais puros ou individuais homogêneos e difusos; pouco importa, quando a matéria *eficácia da norma trabalhista no espaço* aparece dentre os pressupostos deste campo do direito. Logo, no contexto da Teoria Geral do Direito do Trabalho.

O que aqui se ressalta, por meio das teorias dos movimentos sociais e dos novos movimentos sociais, é a necessidade de insurgências trabalhistas a serem desencadeadas nos planos locais, regionais e supranacionais que possam estabelecer um confronto entre as orientações normativas oriundas das organizações internacionais ou cooperações multilaterais; que o novo internacionalismo operário deixe de lado, como marco privilegiado, os movimentos reformistas e passem a assumir a ideia de que o as relações de trabalho só podem seguir o seu destino histórico na medida em que assume, como premissa, o antagonismo de classe e não uma falsa harmonização entre capital e trabalho.

O tema *eficácia da norma trabalhista no espaço* ingressa aqui dentre aqueles que se inserem no contexto da Teoria do Conhecimento Jurídico-trabalhista e, a partir de uma nova pauta hermenêutica e de outros fundamentos teórico-filosóficos que procuram redefinir os fundamentos do Direito do Trabalho, levando-se em consideração três argumentos centrais:

- a) a redefinição do seu objeto – do trabalho livre/subordinado, para todas as possibilidades e alternativas de trabalho e rendas compatíveis com a dignidade humana, especialmente, a prevalência da Economia Social e Solidária como alternativa prioritária para Ibero-América.
- b) a prevalência do sindicalismo revolucionário sobre o sindicalismo reformista;
- c) o confronto entre a universalização/legitimação fruto da aliança entre filósofos e legisladores modernos e a universalização/legitimação que virá dos movimentos sindicais emancipatórios, poderá descolar o objeto do Direito do Trabalho e colocar, como *a priori* de suas teorizações e objeto deste campo do direito, o trabalho livre e decorrente da Economia Social e Solidária, com impactos significativos para a Ibero-América.

10. Referencias

- ALTHUSSER, Louis. A Transformação da Filosofia. Seguido de Marx e Lênin perante Hegel. São Paulo: Edições Mandacaru, 1989.
- ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. O Direito do Trabalho na Filosofia e na Teoria Social Crítica. Os sentidos do trabalho subordinado na Cultura e no poder das Organizações. São Paulo: LTr, 2014.
- BAUMAN, Zygmunt. Ética pós-moderna. São Paulo: Paulus, 1997.
- BINDÉ, Jérôme. Para o apartheid urbano? In: MATSURA, Kolchiro (Org.). As Chaves do Século XXI. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, 435-443.
- D'ANGELO, Isabele de Moraes. A subordinação no Direito do Trabalho. Para ampliar os cânones da proteção, a partir da economia social e solidária, 2014.
- _____. Resignificação do Trabalho Subordinado como Objeto do Direito do Trabalho. Recife: Duc in Altum. Caderno de Direito. Faculdade Damas. Centro de Investigação em Perspectivas de Historicidade do Direito no Estado – CIHJUR, Vol. 6, n. 10 (2014) pp.
- DÄUBLER, Wolfgang. Derecho del Trabajo. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994.
- FEITOSA, Enoque. Forma Jurídica e Método Dialético: a crítica marxista ao Direito. In: FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque (Orgs). Marxismo, realismo e direitos humanos. João Pessoa: Editora Universitária da UFPE, 2012.
- GOHN, Maria da Glória. Teorias dos Movimentos Sociais. Paradigmas Clássicos e Contemporâneos. São Paulo: Edições Loyola, 1997.
- _____. História dos Movimentos Sociais. A construção dos movimentos e lutas sociais dos brasileiros. São Paulo: Edições Loyola, 1995.
- GUÉLIN, André. L'invention de l'économie sociale. Paris: Econômica, 1998.
- HOBBSAWM, Eric. A Era do Capital – 1848-1875. São Paulo: Paz e Terra, 2009.
- HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem, Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1986.
- KASHIURA Jr. Celso Naoto. Sujeito do direito e capitalismo. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014.
- KOSELLECK, Reinhart. Crítica e Crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Rio de Janeiro: EDUERJ/Contratempo, 1999.
- KROPOTKIN, Piotr. Palavras de um Revolucionário. São Paulo: Editora Imaginário, 2005.

- LIBONO, Maria Terezinha Loddi. Um estudo de caso de autogestão. In: MATIAS, Maria Cristina Moreno; ABIB, José Antônio, orgs. Sociedade em transformação: estudo das relações entre trabalho, saúde e subjetividade. Londrina: Eduel, 2007.
- MARICATO, Hermínia[...] [et al.] Cidades rebeldes: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifesto do Partido Comunista (1848). Porto Alegre: L&PM, 2012.
- MENDONÇA, Talita Rodrigues. A Eficácia das Normas Trabalhistas no Contexto da Doutrina Clássica: para uma reconfiguração teórico-dogmática em face das relações individuais e coletivas de trabalho supraestatais. Recife: Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Dissertação de mestrado. Texto avulso, 2012.
- MONTAÑO, Carlos; DURICQUETTO, Maria Lúcia. Estado, Classe e Movimento Social. São Paulo: Cortez Editora, 2011.
- NABUCO, Ary. Hackerativismo. A guerra Instalada no mundo virtual. São Paulo: Revista Caros Amigos, ano XVI, n. 184, 2012.
- PEREIRA, Maria Clara Bernardes. A Livre Circulação dos Trabalhadores no Âmbito da Comunidade Europeia e do Mercosul: para além da doutrina jurídico-trabalhista tradicional centrada no trabalho subordinado e no sindicalismo reformista. Recife: Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Dissertação de Mestrado. Texto Avulso, 2012.1
- POSTONE, Moishe. Tempo, Trabalho e Dominação Social. São Paulo: Boitempo, 2014.
- RAZETO, L. In GADOTTI, Moacir e GUTIERREZ, Francisco orgs. Educação comunitária e economia popular. São Paulo: Cortez, 1993.
- ROBLEDO, Miguel Colina; MARTÍNEZ, Juan M. Ramírez; FRANCO, Tomás Sala. Derecho Social Comunitario. Valência: Tirant ló Blanch, 1991.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Curso de Direito do Trabalho: teoria geral do direito do trabalho, vol. I, parte, I. São Paulo: LTr, 2011.
- SANTOS, Boaventura Souza de. Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- VAKALOULIS, Michel. Antagonismo social e ação coletiva. In: LEHER, Roberto; SETÚBAL, Mariana (orgs). Pensamento Crítico e Movimentos Sociais. Diálogos para uma nova práxis. São Paulo: Cortez, Guareschi, Hernandez e Cárdenas (2010).

PROTEÇÃO DA MULHER: DIREITO INDIVIDUAL E SOCIAL À IGUALDADE DE CONDIÇÕES NO MERCADO DE TRABALHO E AO DIREITO À MATERNIDADE

GRASIELE AUGUSTA FERREIRA NASCIMENTO

Pós-Doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/IGC; Doutora em Direito das Relações Sociais, sub-área Direito do Trabalho, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Coordenadora e Professora do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL); Professora Assistente Doutor da FEG/UNESP; Membro da Academia de Letras de Lorena (ALL).

REGINA VERA VILLAS BÔAS

Pós-Doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/IGC; Doutora em Direito das Relações Sociais, sub-área Direito Civil, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Professora do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL); Professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Resumo

O papel da mulher na sociedade brasileira passou por significativas mudanças ao longo da história. Sua inserção e participação no mercado de trabalho foram marcadas por desigualdades em relação ao trabalho masculino, incluindo diversas formas de exploração e discriminação, como longas jornadas de trabalho, salários inferiores aos dos homens, maiores índices de desemprego e discriminação em relação à maternidade. Apesar da crescente evolução do trabalho feminino e da adoção do princípio da igualdade pela Constituição Federal de 1988, os dados estatísticos ainda apontam significativas diferenças de oportunidades e de salários. O presente artigo objetivou realizar, a partir da legislação brasileira, um panorama sobre a condição atual do trabalho da mulher no Brasil, especialmente em relação à proteção à maternidade. Conclui que o direito à maternidade inserido no rol constitucional dos direitos fundamentais sociais, protege, além da gestante, também o nascituro, ampliando assim o espectro da sua garantia legal.

Palavras-chave

Trabalho da mulher; Maternidade; Gênero; Igualdade de Direitos.

Abstract

The role of women in Brazilian society has undergone significant changes throughout history. Their integration and participation in the labor market were marked by inequalities in relation to men's work, including various forms of exploitation and discrimination, as long working hours, lower wages than men, higher unemployment and discrimination related to maternity. Despite the growing trend of female labor and the adoption of the principle of equality by Federal Constitution of 1988, the statistics still indicate significant differences in opportunities and wages. This article aimed to perform, from the Brazilian legislation, an overview of the current condition of women's work in Brazil, especially in relation to maternity protection. Concludes that the right to maternity inserted in the constitutional role of fundamental social rights protects, apart from pregnant women, the unborn child as well, thus expanding the range of its legal guarantee.

Key words

Work of women; Motherhood; Gender; Equal Rights.

1. Introdução

O papel da mulher na sociedade brasileira passou por significativas mudanças ao longo da história.

Fruto de uma sociedade absolutamente patriarcal, a mulher era responsável pelo cuidado da família, da casa e da educação dos filhos, restando exclusivamente aos homens a responsabilidade pelo sustento do lar.

Com o passar do tempo, as mulheres começaram a ingressar no mercado de trabalho, reflexo das transformações demográficas, culturais e sociais vivenciadas no país.

Em relação às transformações demográficas, podem ser citadas a queda da taxa de fecundidade, sobretudo nas cidades e nas regiões mais desenvolvidas do país, até atingir 2,1 filhos por mulher em 2005; a redução no tamanho das famílias que, em 2005, passaram a ser compostas por apenas 3.2 pessoas, em média, enquanto em 1992 tinham 3,7; o envelhecimento da população, com maior expectativa de vida ao nascer para as mulheres (75,5% anos) em relação aos homens (67,9 anos); assim como o crescimento acentuado de arranjos familiares chefiados por mulheres os quais, em 2005, chegam a 30,6% do total das famílias brasileiras residentes em domicílios particulares (BRUSCHINI, 2007, p. 540).

Segundo os dados do IBGE de 2012, em dez anos, de 2000 a 2010, o papel da mulher responsável pela família subiu de 22,2% para 37,3%, e o tipo mais frequente entre as famílias conviventes é o formado pelas monoparentais femininas (53,5%) (COSTA;

MARRA, 2013, p. 1-2). Desta forma, a necessidade da participação das mulheres no setor produtivo também aumentou no decorrer dos anos, já que passou a ser responsável pela manutenção da família.

Contudo, embora seja crescente a participação das mulheres no mercado de trabalho e a diminuição das desigualdades entre homens e mulheres no Brasil, ainda é marcante a discriminação das mulheres no mercado de trabalho brasileiro, uma vez que enfrentam dificuldades não apenas no ingresso em um emprego, mas também na manutenção deste, além de que, ainda, auferem salários menores do que os homens. (A INSERÇÃO, 2013, p. 1).

O presente artigo tem como objetivo realizar, a partir da legislação brasileira, um panorama sobre a condição atual do trabalho da mulher, notadamente da mulher brasileira, revelando a situação vivida por ela, especialmente no que toca à proteção da maternidade.

2. Proteção do Trabalho da Mulher no Brasil: Do Período Colonial ao Dias Contemporâneos

Várias transformações marcaram a presença da mulher no mercado de trabalho brasileiro, ao longo da história. Tanto que a maioria da mão de obra feminina do Brasil Colônia era da trabalhadora escrava, enquanto que as mulheres livres e brancas, oriundas de Portugal, faziam os serviços domésticos e dedicavam-se à maternidade.

Nesse período colonial as escravas realizavam atividades não só femininas, atuavam, também, na mineração, na extração das pedras preciosas, principalmente do ouro, no período denominado de ciclo do ouro (1807-1818), na panificação, alfaiataria e tecelagem.

A independência do Brasil foi proclamada em 1822, sem modificar a situação do trabalho da mulher, já ignoradas pela Constituição Política do Império.

Embora sem direitos assegurados, o trabalho feminino começa a ser identificado, neste período, permanecendo ausente a regulamentação legislativa até o momento em que surge o emprego de mão de obra assalariada na indústria, e “*desde então, se nota a divisão imposta pelo gênero ao trabalho*” (CALIL, 2007, p. 23).

A Lei Áurea, assinada pela Princesa Isabel, em 1888, põe fim à escravidão e provoca uma verdadeira revolução na mão de obra, já que os trabalhadores se tornam livres e capazes de vender a sua força produtiva, selecionando o destinatário da sua venda. Logo em 1889, se percebe a falência do modelo político-econômico da monarquia, transformando-se o Brasil em uma República. (CALIL, 2007, p. 24).

Observa-se, porém, que mesmo diante da libertação dos escravos, neste período, o número disponível de trabalhadores não era suficiente ao atendimento das fronteiras agrícolas, razão pela qual o Brasil começa a receber europeus para trabalharem no campo, os quais iniciavam aí os seus trabalhos, se dirigindo, logo após, às cidades, que começavam

a se industrializar. A quantidade de ex-escravos e de imigrantes dirigidas para as cidades provocaram a aceleração do processo de urbanização de importantes cidades brasileiras, como é o caso do Rio de Janeiro, então, Capital Federal, e da cidade de São Paulo, fato que repercute na história dos trabalhadores pobres e das mulheres - abarcadas por estes trabalhadores-, influenciando a situação organizacional da família, eis que muitas delas estavam sendo chefiadas por mulheres, que sofriam, então, preconceitos porque trabalhavam fora e porque chefiavam sozinhas as suas famílias (CALIL, 2007, p. 26).

Uma coisa é certa: além dos inúmeros preconceitos enfrentados pelas mulheres, para elas eram reservados os menores salários, as maiores jornadas de trabalho e os trabalhos menos especializados e, apesar dos rumores de que, a partir de 1912, um novo Código do Trabalho entraria em vigor, regulamentando algumas situações de trabalho feminino, entre outras, a possibilidade de contratação sem a autorização marital, a proibição de trabalho noturno e a limitação da jornada de trabalho, este Código nunca foi aprovado.

De fato, a primeira lei que promoveu direitos às mulheres foi a Lei paulista n. 1.596/1917, que ao instituir o Serviço Sanitário do Estado, proibiu o trabalho das mulheres em estabelecimentos industriais no último mês de gravidez e no primeiro puerpério. Já, na esfera federal, o Regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública, Decreto n. 16.300/1923, possibilitou às empregadas de estabelecimentos comerciais e industriais, um descanso de trinta dias anteriores e mais trinta dias posteriores ao parto. (CALIL, 2007, p. 28).

A criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, faz surgir a interpretação de que a manutenção da paz mundial e a universalização das leis trabalhistas eram necessárias e importantes, criando-se, na sequência, várias Convenções da Organização Internacional do Trabalho, com a finalidade de promoção da igualdade das condições de trabalho, várias delas ratificadas pelo Brasil, na qualidade de país membro e fundador.

Lembra-se que foram dedicadas às mulheres, as Convenções nºs 3 e 4, que diziam respeito à licença remunerada compulsória de seis semanas anteriores e posteriores ao parto, e de dois intervalos para a amamentação, além da proibição do trabalho noturno da mulher nas indústrias públicas ou privadas. Também, foram publicados, no período, o Decreto n. 21.417/1932, que regulamentou o trabalho da mulher nos estabelecimentos industriais e comerciais, estabelecendo importantes regras e direitos, como: a) a proibição do trabalho noturno, em subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras, em obras de construção pública e nas atividades perigosas e insalubres; b) a garantia da liberdade salarial para o trabalho de igual valor, sem distinção de sexo; c) a garantia da proteção da maternidade.

Quanto a essa última garantia citada, a da proteção da maternidade, extrai-se relevantes direitos que foram, então assegurados às trabalhadoras, entre os quais: 1) o descanso obrigatório de quatro semanas anteriores e posteriores ao parto, podendo cada período ser aumentado em duas semanas, nas situações excepcionais e mediante atestados por mé-

dico; 2) descanso de duas semanas à empregada que sofresse o aborto não-criminoso; 3) dois intervalos diários, de meia hora cada um, nos primeiros seis meses de vida da criança, para o seu aleitamento, devendo os estabelecimentos - que contassem com mais de trinta empregadas de idade acima de dezesseis anos - ter um local apropriado para referido aleitamento; 4) durante o afastamento, o auxílio referente à metade da média auferida dos últimos seis vencimentos, pagos pelas caixas do Instituto de Seguridade Social e, na falta destas, pelo empregador, assegurando à mulher o retorno às suas funções e o direito de romper o seu contrato de trabalho, nas situações em que a função exercida fosse prejudicial à gravidez; 5) proibido do trabalho feminino nos serviços perigosos ou insalubres; 6) proibido ao empregador demitir mulher grávida por esse motivo.

Várias das Constituições da República Federativa do Brasil protegeram o trabalho feminino, como é o caso da Carta Constitucional de 1934, promulgada em fase da industrialização do Brasil, a qual promoveu o início da igualdade de salário entre homens e mulheres, o direito à jornada diária máxima de oito horas de trabalho, as férias anuais remuneradas, o descanso semanal, a proibição de trabalho da mulher em atividades insalubres, assistência médica e sanitária à gestante, a licença-maternidade e o salário-maternidade.

Já, o mesmo não se pode dizer da Constituição da República Federativa do Brasil de 1937 - marcada por Estado intervencionista e decorrente do golpe de Estado do Presidente Getúlio Vargas -, que instituiu por lei o sindicato único e o imposto sindical, proibindo a greve e o “*lockout*”. Referida Constituição elimina a garantia do emprego à gestante e a igualdade salarial entre homens e mulheres, permitindo a publicação do Decreto-lei n. 2.548/1940, o qual permite a redução do salário das mulheres em até 10% do salário dos homens.

Entre às Constituições de 1937 e 1946 surge a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943, que dedica um capítulo ao trabalho da mulher (Capítulo III do Título III), estabelecendo regras quanto à proteção, à duração e às condições do seu trabalho, tratando do trabalho noturno, dos períodos de descanso, dos métodos e locais de trabalho, da maternidade e das penalidades no âmbito laboral.

A Carta Constitucional de 1946 rompeu com o corporativismo existente, manteve os direitos trabalhistas protegidos e assegurou novos direitos trabalhistas, como o de assistência aos desempregados, de garantia do direito de greve e da participação nos lucros das empresas, muitos deles mantidos pela Constituição de 1967 e pela Emenda Constitucional nº 1/69.

2.1. *Proteção do Trabalho da Mulher e a Constituição da República Federativa de 1988*

A vigente Constituição da República Federativa do Brasil assegurou a igualdade, pelo menos no plano formal, entre homens e mulheres. No tocante aos direitos traba-

lhistas modificou referido cenário, diferenciando entre homens e mulheres somente para igualar a efetivação dos seus direitos no plano material, como é o caso da maternidade e, também, da possibilidade de realização do trabalho noturno pela mulher.

O artigo 6º da Carta Constitucional instituiu a proteção à Maternidade, situando-a no rol dos direitos sociais fundamentais, o que permite ser ela considerada como cláusula pétrea, a ser utilizada, notadamente em proveito dos direitos da gestante e do nascituro, cabendo ao Estado instituir medidas protetivas de referidos direitos.

Nesse sentido, se dirige a doutrina do Ministro Gilmar Mendes (2012, p. 192), ao relatar que os direitos sociais significam cláusulas pétreas, revestidas da imutabilidade, afirmando que

Há polêmica quanto a saber se além dos direitos individuais, expressamente referidos no art. 60, § 4º, da CF, também, os direitos sociais estariam protegidos como cláusula pétrea. De um lado, nega-se que os direitos sociais participem do rol dos limites materiais ao poder de reforma, argumentando-se que aquele dispositivo da Lei Maior fala em ‘direitos e garantias individuais’ e não em direitos fundamentais, gênero de que tanto os direitos individuais como os sociais são espécies.

(...) No Título I Da Constituição (Dos Princípios Fundamentais) fala-se na dignidade da pessoa humana como fundamento da República e essa dignidade deve ser compreendida no contexto também de outras normas do mesmo Título, em que se fala no valor social do trabalho, em sociedade justa e solidária, em erradicação da pobreza e marginalização e em redução de desigualdades sociais. Tudo isso indica que os direitos fundamentais sociais participam da essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior. Como as cláusulas pétreas servem para preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte originário e como este, expressamente, em título específico da Constituição, declinou Tais princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para a sua ideia de Estado democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas.

Outras novidades trazidas pela Carta de 1988 estão localizadas nos textos dos artigos 7º ao 11º, notadamente no que diz respeito ao trabalho feminino, entre as quais, se destaca: a) redução da jornada de trabalho para 44 horas semanais; b) obrigatoriedade do regime do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) e extinção da estabilidade decenal; c) incentivo à negociação coletiva e valorização do direito coletivo do trabalho; d) indenização na rescisão arbitrária do contrato de trabalho; e) aumento do adicional de horas extras, que passou a ser de, no mínimo, 50% sobre o valor da hora normal de trabalho; f) pagamento de adicional de 1/3 na remuneração das férias; g) salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; h) proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; i)

cento e vinte dias de licença-maternidade, sem prejuízo do emprego e do salário; j) cinco dias de licença-paternidade; k) assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; l) proibição da diferenciação dos salários, no que toca ao exercício das funções e nos critérios de admissão relacionados ao sexo, cor, idade ou estado civil.

3. Garantias do Trabalho da Mulher: Normas Jurídicas Nacionais de Proteção Contra a Discriminação no Trabalho, da Igualdade Salarial e da Proteção Física

3.1. Proteção da Mulher Contra Discriminação no Trabalho

Além da legislação trabalhista que contempla inúmeros dispositivos que afastam critérios discriminatórios relacionados às relações de trabalho, tem-se o artigo 5º da vigente Constituição da República Federativa do Brasil que estabelece o princípio da igualdade, garantindo aos “*brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*”; e o artigo 7º que assegura a igualdade de direitos entre os trabalhadores urbanos e rurais, proibindo no inciso XXXI a discriminação de salário e de critérios de admissão do trabalhador que porta deficiência, e no inciso XXXII, a discriminação entre os trabalhos manual, técnico e intelectual. Também, o inciso XX, do mesmo artigo, se referindo ao trabalhador urbano e rural, dispõe sobre “*a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei*”. E nesse sentido, a Lei nº 9.799/1999 acrescenta à CLT, entre outros, o artigo 373-A que dispõe:

Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetem o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: I – publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referencia ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, publica e notoriamente, assim o exigir; II – recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; III – considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; IV – exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, da admissão ou permanência no emprego;

V – impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, situação familiar ou estado de gravidez; VI – proceder

o empregador ou preposto a revistas íntimas na empregadas ou funcionárias; Parágrafo único – O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

Ainda, a respeito do citado artigo, seu *caput* apresenta texto que restringe as medidas discriminatórias, como dispõem as ressalvas I: “ Disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho”; item II – “Certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas”.

As disposições legais a que se refere a primeira ressalva podem já existir no ordenamento jurídico ou, ainda, poderão ser criadas. No primeiro caso, vale a ressalva como instrumento interpretativo em favor da proteção do trabalho da mulher, corrigindo distorções para o seu ingresso no mercado de trabalho. (SILVA, 2009, p. 33). Na segunda ressalva, se o legislador tivesse usado a expressão “negociação coletiva”, teria abrangido não apenas as situações dos acordos, mas também, as convenções coletivas de trabalho, razão pela qual necessário se realizar a leitura nesse sentido, porque protege com mais amplitude os direitos do trabalho da mulher.

Nas hipóteses de violação das proibições dos itens I e IV, o Sindicato e o Ministério Público do Trabalho podem promover ações civis públicas, com a finalidade de corrigir irregularidades e pagamentos de indenizações, tanto por dano moral como por dano material.

Em relação à admissão no emprego, a Lei nº 9.029/95 proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho. A referida lei protege a mulher contra a discriminação em razão da situação familiar, como a gravidez, assegurando o direito à readmissão, com todos os salários do período de afastamento ou a percepção em dobro da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e com juros legais.

3.2. *Proteção da Igualdade Salarial*

O inciso XXX, do artigo 7º da Carta Magna vigente, estabelece e assegura a não discriminação do trabalho da mulher em relação ao homem, no que toca ao pagamento de salários, ao exercício de funções e aos critérios de admissão ao trabalho, relacionados ao sexo, idade, cor ou estado civil, proibindo qualquer diferença, nesse sentido.

Também, o artigo 461 da CLT, assegura que “*sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade*”.

Observa-se que o trabalho de igual valor é aquele realizado com igual produtividade (quantidade) e mesma perfeição técnica (qualidade na realização dos serviços), relativamente às pessoas, cuja diferença de tempo na função não seja superior a 02 (dois) anos (Súmula n. 6, II, do TST).

Nessa esteira, desde que exerçam trabalho de igual valor, a legislação nacional estabelece igualdade salarial para os trabalhadores do sexo feminino e masculino.

A Consolidação das Leis do Trabalho dispõe, ainda, a respeito do direito à igualdade salarial sobre a existência de quadro de carreira da Empresa, o qual deve homologado pelo Ministério do Trabalho e estabelecer as regras relativas aos cargos e salários.

3.3. *Proteção Relacionada à Condição Física da Mulher*

A legislação trabalhista nacional, em relação à condição física da mulher, dispõe em seu favor, no artigo 390 da CLT, que “*ao empregador é vedado empregar a mulher em serviços que demande o emprego de força muscular superior a 20 quilos para o trabalho contínuo e 25 quilos para o trabalho ocasional*”. Porém, muito embora, se admita que o legislador tenha objetivado proteger a mulher a partir da sua característica física, uma parte da doutrina nacional entende que a legislação discriminou o trabalho da mulher. Nesse sentido, Sérgio Pinto Martins afirma que

deveriam ser exigidos limites ao trabalho da mulher em razão da sua complexidade física. Se a mulher tiver condições físicas para trabalhar em serviços pesados, não deverá ser proibida de fazê-lo, salvo se lhe prejudicar a saúde. De modo geral, a mulher só não deveria poder levantar pesos na fase de gestação, como a partir da 20ª semana, pois poderia prejudicar o feto, e em período logo após a concepção”. (2012, p.327).

4. **Notas Relevantes sobre a Proteção da Maternidade no Direito Laboral Brasileiro**

Já foi dito, no presente trabalho que as normas referentes à maternidade objetivam proteger além da gestante, também o nascituro, criança fruto da protegida maternidade, no período entre a concepção e os primeiros meses de vida do filho. Ora, se destaca a licença da mãe adotiva, a estabilidade provisória e a licença da gestante, entre tantos outros direitos protegidos pela legislação nacional.

4.1. *Licença da Mãe Adotiva*

Conforme disposto no artigo 392-A da CLT, acrescentado pela Lei nº 10.421/2002, todas as mães adotivas e as mulheres que recebem crianças de até oito anos de idade para guarda judicial, passam a ter o direito à licença-maternidade de cento e vinte dias, sem

prejuízo do emprego e do salário, recebendo o pagamento do benefício previdenciário (salário maternidade) da Previdência Social, conforme regras fixadas pela Lei nº 8.213/1991.

4.2. Estabilidade Provisória

O artigo 10, II, b, do ADCT assegura a estabilidade provisória da gestante, desde a confirmação da sua gravidez, até cinco meses após o parto, estabelecendo que *“fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”*. O legislador impôs à empregada gestante a obrigação de confirmar formalmente ao empregador, a sua a gestação, por meio da entrega de exame ou atestado médico, garantindo à empregada a dispensa arbitrária, sem justa causa, por parte do empregador. Contudo, a redação da Súmula 244 do TST, vem alterar o entendimento de referido artigo, dispondo que

Súmula 244 do TST – GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “b” do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Referida afirmação, de que *“o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade”*, desprezou a exigência da confirmação da gravidez, nos termos do artigo 10, II, *b*, do ADTC, e adotou a aplicação da responsabilidade civil objetiva na situação em referência, ou seja, é suficiente a existência do estado gravídico à segurança da estabilidade da gestante, independentemente do conhecimento do empregador, de onde se conclui que havendo dispensa da empregada grávida, mesmo na hipótese do empregador desconhecer seu estado gravídico, a dispensa será considerada nula.

4.3. Licença da Gestante

A licença-gestante é custeada pela Previdência Social, sem ônus para o empregador, mas, apesar disso, *“ainda hoje existem defensores de que a maternidade é um empecilho para*

a contratação de mulheres em idade reprodutiva” (CALIL, 2007, p. 58), o que mostra o preconceito em relação ao trabalho feminino.

Conforme dispõe o art. 7º, XVIII, da Carta Magna a mulher trabalhadora tem direito de gozar cento e vinte dias de licença, sem prejuízo do emprego e do salário, por ocasião do parto, licença esta, concedida preferencialmente vinte e oito dias antes, até noventa e oito dias, após o parto. E, no caso da ocorrência do parto antecipado - fora do tempo previsto -, por motivos alheios à vontade da gestante, permanece o direito da trabalhadora de gozar os cento e vinte dias integrais de licença.

A Lei nº 11.770/2009 instituiu o Programa Empresa Cidadã - a Administração Pública, direta, indireta e fundacional é autorizada por esta lei a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras -, ampliando o período de licença-maternidade para cento e oitenta dias para as empresas. A adesão das empresas ao Programa é facultativa, e tal ampliação somente ocorrerá se a licença for pedida pela gestante, até o primeiro mês após o parto, o que revela duas condições fundamentais para a prorrogação da licença-maternidade: a) condição objetiva que exige ser a empresa participante do programa “Empresa Cidadã”; b) condição subjetiva que exige que a mulher requiera a ampliação da licença até o primeiro mês após o parto.

A luta pela ampliação da licença-gestante foi iniciada pela Sociedade Brasileira de Pediatria, que entendia que a convivência entre mãe e filho pela amamentação da criança era de extrema importância à saúde física e psíquica da criança. Então, analogicamente, o benefício da ampliação da licença é garantido, na mesma proporção, à empregada que adote ou tenha a guarda judicial da criança, a teor do artigo 1º, parágrafo 2º, da Lei nº 11.770/2008. Impedida a trabalhadora, porém, no período da prorrogação da licença, de exercer atividade remunerada, e de colocar o filho recém-nascido em creches ou instituições escolares que deles possam cuidar. Lembam-se que o valor pago à essa mãe trabalhadora, no período da prorrogação da licença é será integralmente descontado das parcelas do Imposto de Renda da empresa empregadora, conforme redação do artigo 5º da lei nº 11.770/2008 que dispõe “*A pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir o imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada pago nos 60 (sessenta) dias de prorrogação de sua licença-maternidade, vedada a dedução como despesa operacional*”.

5. Conclusões

Percebe-se pelos presentes estudos, que o papel desenvolvido pela mulher contemporânea, na sociedade brasileira – o que se pode ampliar para a grande maioria dos países, cuja língua tem a mesma origem da nacional - se amplia com relação à família e ao mercado de trabalho, passando, assim, por significativas modificações, ao longo dos anos,

lembrando que as famílias, notadamente as brasileiras, não mais correspondem ao modelo único de família nuclear, formada por casal heterossexual e seus filhos.

As transformações culturais colocam a mulher participando de maneira intensa no mercado de trabalho, aumentando sobremaneira as suas tarefas, tanto domésticas, como as de cuidado com a prole, como as do trabalho social. Ganha a mulher um novo papel social, revestido de enormes responsabilidades individual, familiar e social, o que lhe impõe mudança de comportamentos e disputa de cargos e funções no mercado de trabalho, junto aos homens e aos seus pares. Nesta luta, a mulher sofre inúmeras discriminações, no mercado de trabalho, marcadas, notadamente, pelo salário, cargos ocupados e tratamento que lhe é dado, ocupando muitas vezes posição inferior ao homem, devido à sua situação de “ser mulher”.

Nesse sentido, o presente estudo mostra que um dos principais fatores que favorece a discriminação da mulher no trabalho é a condição da mulher em relação à maternidade, situação esta, que muito embora não direcione o ônus de pagar o período da licença-gestante à empresa empregadora, faz com que se sinta indiretamente prejudicada pelo afastamento da trabalhadora, apesar de serem os custos do empregador relacionados à contratação das mulheres muito reduzidos, fato que não justifica as desigualdades entre homens e mulheres.

No sentido do equilíbrio do estabelecimento das igualdades formal e material e dos deveres e direitos dos homens e das mulheres, lembra-se o texto do artigo 227 da carta Magna dispõe “*é dever da família, da sociedade e do Estado*” assegurar proteção integral às crianças e aos adolescentes. A família, neste contexto, certamente envolve ambos os progenitores, da mesma maneira como os direitos trabalhistas abarcam as situações de da maternidade e da paternidade.

Por derradeiro, apesar da evolução crescente dos direitos da mulher trabalhadora, no ordenamento nacional, ainda é necessária a realização de enorme mudança cultural que garanta direitos de parentalidade às mulheres e homens, seguida das responsabilidades familiares, garantindo-se às mulheres, também, o efetivo cumprimento dos seus direitos, já conquistados em relação à igualdade salarial, as condições e tratamentos igualitários entre homens e mulheres no trabalho.

Tal qual a Constituição da República Federativa do Brasil, a Constituição Espanhola reconhece, no seu artigo 35, o direito de igualdade salarial e a não discriminação do trabalho da mulher em relação ao trabalho dos homens, o que é expressamente prevista no artigo 5º da Lei Orgânica Espanhola (de março/2007) e, também, no artigo 28 do Estatuto dos Trabalhadores, que dispõe “*El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda*

producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla.”. Referidos direitos, também, podem ser observados no âmbito europeu como direitos fundamentais, o que se extrai do artigo 157 do tratado de Funcionamento da União Europeia (antigo artigo 141 do TCE), das diretivas comunitárias (D 75/117/CEE; D 79/7/CEE do Conselho; D 86/613/CEE; DC 92/85/CEE; D 2002/73/CE, D 2006/54/CE); e do Artículo 23 de Carta dos “Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, que destaca o trabalho de interpretação do Tribunal de Justiça da União Europeia que adota para os casos o conceito de igualdade “retributiva”¹.

6. Referências

- A INSERSÃO das mulheres nos mercados de trabalho metropolitanos e a desigualdade nos rendimentos. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/analisedped/2013/2013ped-mulhermet.pdf>. Acesso em: 8 ago. 013.
- ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. Salário-maternidade à mãe-adopta no direito previdenciário brasileiro. São Paulo: LTR, 2005.
- ARAÚJO, Adriane Reis de; FONTENELE-MOURÃO, Tânia (Orgs.). Trabalho de mulher: mitos, riscos e transformações. São Paulo: LTr, 2007.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de. Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde is abis mil até o terceiro milênio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BELEZA, Teresa Pizarro. Direito das mulheres e da igualdade social: a construção jurídica das relações de gênero. Coimbra: Almedina, 2010.
- BELTRAN, Ari Possidonio. Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais. São Paulo, LTr, 2002.
- BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; TRIPPIA, Luciane Maria. Cotas para mulheres em conselhos diretores – uma realidade europeia factível e necessária para o Brasil? In: BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; MARTINEZ, ReginaCélia;
- ANDRADE, Ronaldo Alves de. Direitos especiais e tutela das minorias na atividade empresarial Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 165-190. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=77932c2c6056e219>. Acesso em 29 abr. 2014.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Discriminação no trabalho. São Paulo: LTr, 2002.

1 Igualdad salarial (disponível em: http://www.mssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/iEmpleo/Igualdad_salarial/home_igualdad_salarial.htm)

- BRUSCHINI, Maria Cristina Aranha. Trabalho e gênero no Brasil nos últimos dez anos. Disponível em: www.scielo.br/pdf/cp/v37n132/a0337132.pdf. Acesso em: 17 abr. 2014.
- CALIL, Léa Elisa Silingowschi. História do direito do trabalho da mulher: aspectos históricos-sociológicos do início da República ao final deste século. São Paulo: Ltr, 2000.
- CALIL, Léa Elisa Silingowschi. Direito do Trabalho da mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática. São Paulo: LTr, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais, 1 ed. Brasileira, 3ª tiragem, 2ª Ed. Coimbra: Revista dos Tribunais, 2008.
- CANTELI, Paula Oliveira. O trabalho feminino no divã: dominação e discriminação. São Paulo: LTR, 2007.
- CARVALHO, Robert Carlon de; WOOD, Daniel Ricardo Augusto. Estabilidade da gestante, abuso do poder de direito e a Constituição Federal de 1988. Uma questão de legalidade ou dignidade? In: NASCIMENTO, Grasiela Augusta Ferreira Nascimento; LERENA, Mirta Glady; BARACAT, Eduardo Milléo. Direito do Trabalho Florianópolis : FUNJAB, 2013. p.203-229. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=37ecd27608480aa3>. Acesso em 10 Abr. 2014.
- COSTA, Florença Ávila de Oliveira; MARRA, Marlene Magnabosco. Famílias brasileiras chefiadas por mulheres pobres e monoparentalidade feminina: risco e proteção. **Rev. bras. psicodrama**, São Paulo, v. 21, n. 1, 2013 Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-53932013000100011&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 01 jun. 2014.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Trabalho da mulher: homenagem a Alice Monteiro de Barros*. São Paulo: Ltr, 2009.
- GAMBA, Juliane Caravieri Martins; MONTAL, Zélia Maria Cardoso. Trabalho da mulher e a emenda constitucional n. 72/2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7b72de504960bfce>. Acesso em: 09 maio 2014.
- GOLSDAL, Thereza Cristina. Discriminação da mulher no emprego. Curitiba: Gênese, 2003.
- GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direito do Trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica. São Paulo: LTr, 2005.
- Igualdad salarial. Disponível em: http://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/iEmpleo/Igualdad_salarial/home_igualdad_salarial.htm. Acesso em: 07/jun/2015.
- JAKUTIS, Paulo. Manual de estudo da discriminação no trabalho. São Paulo: LTr, 2006.

- La integración laboral de la mujer en España Disponível em: <http://www.artehistoria.com/v2/contextos/13016.htm>. Acesso em: 07/jun/2015.
- LIMA, Lucas Barbalho de. A proteção à maternidade no Brasil: Estudo acerca dos avanços da proteção à maternidade e de questões ainda não tuteladas pelo Direito do Trabalho brasileiro na Pós- Modernidade.
- LIMA, Maria da Glória Malta Rodrigues Neiva de. A proteção da igualdade de gênero no ordenamento jurídico nacional e internacional e os mecanismos asseguratórios. Rev. TRT - 9ª R. Curitiba a. 35, n.65, Jul./ Dez. 2010, p. 1-72. Disponível em: www.trt9.jus.br. Acesso em: 27 maio 2014.
- LUZ, Alex Faverzani da; FUCHINA, Rosimeri. A evolução histórica dos direitos da mulher sob a ótica do direito do Trabalho. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/nucleo-mulher/arquivos/artigoalex.pdf>. Acesso em: 27 maio 2014.
- MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- NASCIMENTO, Grasiela Augusta Ferreira (org) Direito das Minorias: proteção e discriminação no trabalho. Campinas: Alínea, 2004.
- NASCIMENTO, Grasiela Augusta Ferreira. Proteção contra a discriminação da mulher na relação laboral. Lisboa: Chiado, 2015.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio. Comentários às súmulas do TST. 9ª ed. São Paulo: RT, 2008.
- PINHEIRO, Luana; GALIZA, Marcelo; FONTOURA, Natália. Novos arranjos familiares, velhas convenções sociais de gênero: a licença-parental como política pública para lidar com essas tensões. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 17, n. 03, dez. 2009. Disponível em <http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2009000300013&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 29 maio 2014.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 6ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Direito do Trabalho. Atlas: São Paulo, 2010.
- PROTEÇÃO da maternidade. Notas da OIT. Trabalho e família. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/nota-4-prote%C3%A7%C3%A3o-da-maternidade-0>. Acesso em: 12 maio 2014.
- QUIRINO, Raquel. Trabalho da mulher no Brasil nos últimos 40 anos. Disponível em: files.dirppg.ct.utfpr.edu.br/ppgte/revistatecnologiaesociedade/rev15/r15_a5.pdf. Acesso em: 17 abr. 2014.
- RAMOS, Daniela Peixoto. Pesquisas de usos do tempo: um instrumento para aferir as desigualdades de gênero. Revista Estudos Feministas. Florianópolis, vol 17, n. 3,

- set/dez 2009. Disponível em: www.scielo.br/pdf/ref/v17n3/v17n3a14. Acesso em: 01 maio 2014.
- RAPOSO, Vera Lúcia. Os limites da igualdade: um enigma por desvendar: a questão da promoção da igualdade laboral entre os sexos. In: *Questões laborais*, A. 11, nº 23. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 42-80.
- RETRATO das desigualdades de gênero e raça. Disponível em: www.ipea.gov.br. Acesso em: 01 maio 2014.
- ROSA, Waldemir. Sexo e cor: categorias de controle social e reprodução das desigualdades socioeconômicas no Brasil. Dossiê retrato das desigualdades de gênero e raça. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, vol 17, n. 3 set/dez 2009. Disponível em: www.scielo.br. Acesso em: 01 maio 2014.
- SANTOS, Alberto Silva; ALVES, Aline Cristina. A flexibilização das normas trabalhistas e o impacto no acesso do mercado de trabalho pelas mulheres. Qual o papel dos Direitos Humanos? In: GUIMARÃES, Antônio Marcio da Cunha; GOMES, Eduardo Biachi; LEISTER, Margareth Anne. Florianópolis : FUNJAB, 2013. p. 226-291. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7fc-346397dc20225>. Acesso em: 10 abr. 2014.
- SILVA, Antônio Álvares da. Trabalho da mulher e do menor. In: FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. Trabalho da mulher: homenagem a Alice Monteiro de Barros. São Paulo: Ltr, 2009. Cap. 1, p. 21-73.
- SOUZA, Ana Maria Viola; NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira (Orgs.). *Direito e o Trabalho*. Campinas: Alínea, 2009. Acesso em: 10 abr. 2014.
- TÁRREGA. Maria Cristina Vidotte Blanco; MIRANDA, Carla. Trabalhadoras na reestruturação produtiva do capital: qual Direito? Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/maria_cristina_tarrega_e_carla_miranda.pdf. Acesso em: 09 maio 2014.
- TEODORO, Maria Cecília Máximo; SILVA, Lídia Marina de Souza e. Gravidez no emprego: reflexões sobre a tendência global de proteção ao emprego e ao mercado de trabalho da mulher. In: NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; MAISAILIDIS, Mirta Gladys Lorena Manzo de; SILVA, Lucas Gonçalves da. *Direito do trabalho I*. Florianópolis :FUNJAB,2013 p. 279-299. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0498b76a320aee7c>. Acesso em: 10 Abr. 2014.
- THOME, Candy Florencio. *O princípio da igualdade de gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores*. São Paulo: Ltr, 2012.

ZIMMERMANN, Silvia Maria; DOS SANTOS, Teresa Cristina Dunka Rodrigues; DE LIMA, Wilma Coral Mendes. O assédio moral e o mundo do trabalho. Disponível em: http://www.prt12.mpt.gov.br/prt/ambiente/arquivos/assedio_moral_texto.pdf. Acesso em 09 fev. 2014.

RISCO OCUPACIONAL E CUSTOS: ANÁLISE CRÍTICA DA POLÍTICA DE MONETIZAÇÃO DO RISCO COM ABORDAGEM DE NORMAS DO DIREITO ESPANHOL

MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

Pós-Doutor na *Università degli Studi di Roma II, Tor Vergata*, Doutor em *Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale* pela *Università degli Studi di Roma, La Sapienza*, revalidado pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Coordenador do Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUC/PR, Professor Adjunto da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Professor do Mestrado e Doutorado em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná- PUC/PR, Professor do UNINTER, Presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Jurídicas e Sociais - IBCSJ, Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior, Membro do Centro de Letras do Paraná, Diretor do Departamento de Direito do Trabalho do Instituto dos Advogados do Paraná. Advogado. marcovillatore@gmail.com

ADRIANA DE F. PILATTI FERREIRA CAMPAGNOLI

Doutoranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG. Professora Assistente do Departamento de Direito do Estado, do Curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa- UEPG. Advogada. adricampagnoli@hotmail.com

Resumo

A problemática que envolve a questão do risco ocupacional é um fenômeno que assola toda a sociedade, pois o trabalho é um elemento central e mola propulsora da economia. Neste sentido, a exposição de trabalhadores a atividades nocivas que possam causar danos a sua saúde e integridade física e psíquica, fundamentada na política de monetização do risco adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, podem importar em custos aos próprios trabalhadores, aos empregadores, ao Estado e a sociedade. Desta forma, o presente estudo busca, a partir da abordagem juslaboral e a utilização de conceitos da Análise Econômica do Direito, atestar que os custos sociais gerados pela exposição do trabalhador a risco se mostram, falaciosamente, a curto prazo como menores que o da prevenção, mas que a longo prazo podem importar em ônus a todas as partes envolvidas

da relação laboral, bem como ao Estado e a sociedade, sendo necessária a tomada de medidas para a alteração da política de monetização do risco, como ocorre em ordenamentos alienígenas, como o Direito Espanhol analisado.

Palavras-chave

Risco ocupacional; Monetização do risco; Custos sociais.

Abstract

The problem that surrounds the issue of occupational risk is a phenomenon that plagues every society, because the work is a central element and gives force to the economy. In this sense, the exposure of workers to harmful activities that may cause damage to your health and physical and mental integrity, based on the monetization policy of risk adopted by the Brazilian legal system, can import costs to the workers, employers, the state and society. Thus, the present study seeks, from the labor law analysis and the use of concepts of Economic Analysis of Law, attest that the social costs caused by worker exposure to risk is, fallaciously shown, in a short-term smaller than that of prevention, but in the long run can import the burden on all parties of the employment relationship as well as the State and society, being necessary to use economic and legal measures for changing the monetization of risk policy, as in alien systems, as the Spanish Law analyzed.

Key words

Occupational risk; Monetization of risk; Social costs.

1. Introdução

Mesmo diante da preocupação da sociedade contemporânea com o bem estar dos trabalhadores, o que tem contribuído para a ampliação de direitos, especialmente trabalhistas e a implementação de medidas destinadas à proteção da higidez no ambiente laboral, o ordenamento jurídico pátrio ainda permite a prestação laboral em ambientes nocivos a saúde e integridade física e psíquica dos obreiros, mediante uma contraprestação pecuniária, inexistindo norma proibitiva de tal labor, tampouco dispositivos legais hábeis a compelir o empregador a adotar medidas de eliminação ou neutralização desta condição adversa.

Ante a tais considerações, este trabalho abordará questões primordiais para a tratativa do risco ocupacional e seu custo, utilizando-se alguns conceitos trabalhistas e outros afetos a Análise Econômica do Direito. A primeira diz respeito a contextualização do risco ocupacional, como a possibilidade de ocorrência de acidentes ou doenças laborais em

razão da exposição do trabalhador a agentes que causam danos a sua saúde e integridade física ou psíquica. Neste diapasão, far-se-á uma abordagem acerca das atividades insalubres e a política de monetização do risco adotada no Brasil, que permite o pagamento de adicionais em caso de trabalho em condições adversas.

A segunda questão tratará dos custos sociais gerados pela política de monetização do risco adotada e as consequências para os atores da relação laboral, para o Estado e toda a sociedade, buscando-se alternativas para o enfrentamento da questão. Neste aspecto será realizada a análise de normas do Direito espanhol, cuja ideia central é a prevenção.

O caminho a ser trilhado no presente estudo, utilizado em Ciências Sociais, pauta-se pela pesquisa qualitativa, através do método hermenêutico-dialético, utilizando somente dados retirados de fontes bibliográficas.

Para efeitos divisórios, serão abordados o risco ocupacional, a política de monetização do risco, seguindo-se para os custos sociais e o enfrentamento da questão através da análise de medidas possíveis de serem adotadas, inclusive com análise do Direito espanhol, cuja concepção é a prevenção.

A hipótese a ser comprovada é que a exposição do trabalhador a risco, através da adoção da política de monetização, apresenta consequências danosas e um alto custo para as partes envolvidas na relação de trabalho, ao Estado e a toda a sociedade, havendo necessidade de sua alteração.

2. Análise do Risco no Ambiente de Trabalho

O risco é um elemento que sempre fez parte do cotidiano humano e sempre o fará. Serve como um estímulo para a formação do conhecimento, aparece como desafios a serem superados e está sempre em constante mutação, devido a vários fatores, dentre os quais se pode destacar a modificação de hábitos, o desenvolvimento e a evolução tecnológica.

No ambiente de trabalho, este fenômeno assume a conotação de risco ocupacional e pode ser tratado como a possibilidade da ocorrência de acidentes ou doenças no desempenho das atividades laborais, decorrente da exposição do trabalhador a agentes físicos, químicos e biológicos que, em função de sua natureza, concentração ou intensidade e tempo de exposição, são capazes de causar danos a sua saúde e integridade física e psicológica¹.

Neste compasso, é importante se observar que o ideal seria que o trabalhador não fosse exposto a qualquer risco, prestando suas atividades em ambientes saudáveis. Contudo,

1 Conforme subitem “9.1.5” da Norma Regulamentadora nº. 9 – Programa de Prevenção de Riscos Ambientais.

este é um ideal impossível de ser alcançado, pois não existe possibilidade de realização de todas as atividades laborais em ambientes desprovidos de riscos, bem como não há como promover a separação entre a força de trabalho e a própria pessoa do trabalhador, o que acaba o levando a ter sua integridade exposta aos efeitos dos agentes agressivos intrínsecos a determinadas atividades exercidas (OLIVEIRA, 2011, p. 173).

Dentre as condições que expõem a risco a saúde e integridade física e psíquica do trabalhador, destacam-se aquelas elencadas no artigo 7º., XXIII, CRFB, quais sejam, a periculosidade, a penosidade (ainda não regulamentada por lei) e a insalubridade.

O trabalho perigoso, refere-se àquele executado em local onde se fazem presentes agentes que podem atuar instantaneamente, com efeitos danosos imediatos e que podem levar a incapacidade ou morte repentinamente (OLIVEIRA, 2011, p. 202). No trabalho periculoso há exposição a risco mais acentuado que em um trabalho comum, sendo que risco está se referindo a “probabilidade da ocorrência de um evento que cause ou possa causar dano” (LOPES NETTO, 2005, p. 100).

O artigo 193 da CLT considera como atividades ou operações perigosas aquelas prestadas em virtude de exposição permanente do trabalhador a inflamáveis, explosivos ou energia elétrica, roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial, sendo que esta última hipótese foi acrescentada pela Lei nº. 12.740, de 10 de dezembro de 2012, e se refere ao ambiente que se desenvolve a atividade profissional, devendo este implicar em risco acentuado em razão de roubos ou outras espécies de violência física (CAMPAGNOLI, MANDALAZZO, 2013, p. 276).

Assim, consideram-se perigosas as atividades ou operações em que a natureza ou os métodos de trabalho desenvolvidos impliquem em contato ou exposição permanente do trabalhador a inflamáveis, explosivos, substâncias radioativas ou radiação ionizantes, energia elétrica, bem como a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial, sendo que as atividades se encontram descritas na Norma Regulamentadora nº. 16 (NR-16), aprovada pela Portaria nº. 3.214, de 8 de junho de 1978, do Ministério do Trabalho e Emprego, sofrendo alterações periódicas.

Ao trabalhador que exerce suas atividades em condições perigosas é devido um adicional de 30%, computado sobre o salário básico, nos termos do § 1º. do artigo 193 consolidado, à exceção dos eletricitários, cuja base de cálculo será a totalidade das parcelas de natureza salarial, com fundamento na Súmula nº. 191 do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Com relação à penosidade, muito embora o artigo 7º., XXIII da CRFB tenha expressamente previsto o pagamento de um adicional, até os dias atuais não existe determinação legal acerca de atividades que seriam consideradas penosas, bem como referência

ao critério a ser utilizado para a concessão do referido adicional, restando à doutrina a elucidação do tema.

Assim, a doutrina considera como penosas as atividades que geram desconforto físico ou psicológico, em nível superior aquele que decorre de um trabalho em condições normais. Refere-se, portando, aos contextos de trabalho geradores de incômodo, esforço físico e mental, sentido como demasiados, sobre os quais o trabalhador não tem controle (SATO, 1994, p. 41).

Ressalte-se que, no trabalho penoso, o agente agressivo é o próprio serviço que se executa, expondo o trabalhador a um grau elevado de fadiga ou estresse, mostrando-se inadequado e provocando um incômodo, um desgaste ao trabalhador dentro do ambiente de trabalho, bem como podendo apresentar reflexo em sua vida pessoal.

Mesmo diante da inércia legislativa no que tange à regulamentação do adicional de penosidade, vê-se que o mesmo vem sendo caracterizado e estabelecido por meio de Acordos Coletivos de Trabalho (ACT) ou Convenções Coletivas de Trabalho (CCT), hipóteses previstas no artigo 611 da CLT.

Já o trabalho insalubre é uma modalidade de agressão à integridade física e psicológica do trabalhador, consistindo na sua exposição a agentes que podem afetar ou causar danos à sua saúde, provocar doenças, muitas destas diretamente relacionadas à sua atividade e outras desencadeadas, antecipadas ou agravadas pelo trabalho realizado ou pelas condições em que é prestado (OLIVEIRA, 2011, p. 194).

Os agentes insalubres são listados pela Norma Regulamentadora nº. 15 (NR-15), a qual foi aprovada pela Portaria nº. 3.214, de 8 de junho de 1978, do Ministério do Trabalho e Emprego, e que é alterada periodicamente. Dividem-se em três conjuntos diferenciados, levando em consideração a natureza dos agentes: físicos – ruído, calor, radiações, frio, pressões hiperbáricas, vibrações e umidade; químicos – poeiras, gases e vapores, névoas e fumos; biológicos – micro-organismos, vírus e bactérias (PINTO; WINDT; CÉSPEDES, 2011, p. 261).

O artigo 192 da CLT assegura ao trabalhador que exerce atividades em condições insalubres, acima dos limites de tolerância, o pagamento de adicional nos percentuais de 40%, 20% ou 10% sobre o salário mínimo, a depender do grau de insalubridade. Sobreleve-se que, embora a previsão do texto consolidado mencione o salário mínimo como base de cálculo do adicional em discussão, o entendimento sumulado pelo TST era de que o adicional de insalubridade seria calculado sobre o salário básico percebido pelo trabalhador, ou por outro critério mais vantajoso estabelecido em instrumento normativo (Súmula nº. 228). Porém, a eficácia deste entendimento sumular está suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), segundo Resolução nº. 185/2012 do TST, tendo sido esta decisão adotada em razão da Súmula Vinculante nº. 4 do STF (CAMPAGNOLI, MANDALOZZO, 2013, p. 275).

Tanto a exposição dos trabalhadores a condições insalubres, quanto a perigosas representam risco à saúde. Porém, a agressão ocasionada pelos agentes insalubres se dá lentamente, sendo os efeitos percebidos a longo prazo, enquanto os agentes perigosos não têm atuação paulatina, podendo causar efeitos súbitos, perceptíveis de imediato, e inclusive levar à morte.

Ao se trazer a questão para o presente estudo, no qual a proposta central é a análise das consequências da política de monetização do risco adotada no Brasil, ou seja, o custo da prestação laboral em condições adversas, far-se-á o recorte do risco ocupacional a ambientes insalubres. Justifica-se a opção porque quando se trata de labor perigoso, na maioria das vezes há impossibilidade de dissociação do risco da própria atividade, bem como pelo adicional de penosidade ainda se tratar de zona cinzenta no direito brasileiro, carente de regulamentação legal.

Diante disso e para que se possa atestar a hipótese do custo social gerado pela política de monetização do risco, nos itens subsequentes será feita a análise de referido sistema e as consequências do trabalho sob condições insalubres para os sujeitos da relação de emprego e o Estado.

3. A Política de Monetização do Risco e o Custo Social

O trabalho em condições insalubres representa uma modalidade de agressão à saúde do trabalhador. E este dano causado importa em custos, que são arcados pelo empregador, pelos próprios trabalhadores e pelo Estado, precipuamente pela opção adotada pela legislação brasileira, de monetização do risco, que será tratada adiante. Assim, importa num grande desafio aos sujeitos da relação laboral, ao Estado e a toda a sociedade tornar o ambiente de trabalho um local físico e psicologicamente saudável, para que o trabalhador possa continuar sadio e tenha na sua atividade laboral uma fonte de realização profissional, bem como para que o empregador, o Estado e toda a sociedade deixem de ser onerados pelas consequências do trabalho em condições adversas.

Este desafio tem aumentado importância, principalmente a partir do final do século XX e início do século XXI, com a mudança de paradigmas, seja em decorrência de ações e decisões judiciais, seja por força de medidas fiscalizadoras.

Porém, um entrave que ainda se faz presente é a adoção, pela legislação pátria, da política de monetização do risco, que tem seu fundamento nos artigos 7º., inciso XXIII, da CRFB e 192 da CLT.

A monetização do risco é um sistema de compensação pecuniária pelos riscos à saúde a que estão sujeitos determinados trabalhadores. Assim, uma vez autorizado o trabalho em condições insalubres, é devido ao trabalhador adicional salarial, a fim de, por um lado,

estimular as empresas a melhorarem as condições de trabalho e, por outro, compensar, de certa forma, o trabalhador, pelos possíveis danos à sua saúde (NOGUEIRA, 1984, p. 42).

Ressalte-se que a primeira previsão legal da monetização do risco no ordenamento jurídico brasileiro se deu em 1940, com o Decreto-Lei nº. 2.162, que instituiu o adicional de insalubridade sobre o salário mínimo.² Nesta oportunidade as empresas consideravam mais compensatória esta contraprestação, a promover cuidados com a saúde dos trabalhadores no meio ambiente laboral. Os empregadores, órgãos representantes das categorias e do Estado discursavam no sentido de incentivar o trabalhador a procurar atividades que tivessem seu ganho incrementado, o que se apresentava como uma verdadeira armadilha, pois teriam sua saúde debilitada. A grande justificativa para tais campanhas repousava no temor que os empregadores tinham do custo que resultaria a modificação nos seus processos de trabalho (SATO, 1994, p. 40).

O que se vislumbrava era a dominação da classe empregadora sobre os trabalhadores, com a imposição de interesses dos primeiros aos segundos que permaneciam adstritos. São justamente as concepções de poder e violência simbólicos, defendidas por Bourdieu, pois ocorre uma dominação consentida e inquestionada, através da aceitação das regras impostas, como se fossem naturais e não arbitrárias (BOURDIEU, 1989, p. 11-15), uma vez que os trabalhadores têm no seu labor fonte de sobrevivência e são levados a acreditar que o adicional de insalubridade se trata de um ganho, pois majora o valor do seu salário.

E essa foi a ótica que perdurou, inclusive com a Lei nº. 6.514/1977, que alterou a redação de dispositivos celetários, dentre eles os artigos 191 e 192, que dispõem sobre a eliminação e neutralização da insalubridade e pagamento de adicional em caso de exercício de trabalho em condições insalubres acima dos limites de tolerância, respectivamente, bem como pelo inciso XXIII do artigo 7º. da CRFB, uma vez que referidos dispositivos legais, em momento algum proibem o trabalho em condições adversas.

Contudo, ditas normas deveriam ser interpretadas restritivamente, tendo como norte a ideia de primar pela eliminação ou redução da insalubridade e, apenas quando isso for inviável e de forma excepcional, recompensar o trabalhador em pecúnia. Porém, não foi o que se observou concretamente, pois o adicional de insalubridade não representava a exceção, mas a regra. O que se imaginava era que, com o progresso da empresa, haveria mais investimentos para o incremento das condições de trabalho e, como consequência, a preservação da saúde do trabalhador e redução significativa ou eliminação da insalubridade. Mas não foi o que aconteceu, pois o adicional acabou por ser inevitavelmente

2 O Decreto-Lei nº. 399, de 30 de abril de 1938, muito embora tratasse da fixação de salário mínimo a trabalhadores ocupados em serviços insalubres (art. 4º), não definiu percentual ou forma de incremento salarial pela atividade, permitindo (e não impondo) as Comissões de Salário Mínimo, o seu aumento até metade do salário mínimo normal da região, zona ou sub-zona.

incorporado ao salário dos trabalhadores, haja vista a inexistência das almeçadas mudanças na situação fática das empresas ao longo dos anos (OLIVEIRA, 2011, p. 422).

Desta forma, o pretendido caráter pedagógico da imposição de pagamento do adicional pelo empregador se mostrou meramente ilusório uma vez que estes, não raras vezes, preferem arcar com o seu pagamento a efetivar medidas que atenuem ou eliminem o risco, pelo alto custo que isto pode representar aos seus cofres, muitas vezes se sobrepondo àquele despendido com o pagamento do acréscimo legal. Também, sob o ponto de vista do trabalhador, o pagamento do adicional pelo trabalho em condições insalubres pode, falaciosamente, representar um incremento na renda (SIQUEIRA, 2012, p. 46).

Foi somente no início do século XXI, que se iniciaram importantes sobre meio ambiente do trabalho e saúde do trabalhador, o que fez com que a preocupação, até então adstrita apenas ao direito e efetivo pagamento de adicionais, desse lugar a novos questionamentos acerca da preservação da dignidade e integridade física do trabalhador.

Trazendo essa ideia para o âmbito do presente estudo, tem-se que a proteção à vida, a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho são princípios fundamentais que devem nortear a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais trabalhistas. Assim, não se pode admitir que a saúde seja concebida como um direito disponível a ser vendida pelo trabalhador, já que isso viola flagrantemente os princípios constitucionais elencados nos artigos 1º., IV; 5º., III; 7º., XXII; 170 e 225 da CRFB.

Assim, a análise do labor em condições nocivas a saúde e integridade física e psíquica do trabalhador deveria ser feita sob a ótica da eliminação ou neutralização dos agentes agressores, com respeito à dignidade do trabalhador e a garantia de um meio ambiente de trabalho livre de riscos, conforme preceitos constantes dos artigos 191 da CLT; 1º., IV; 5º., III; 7º., XXII; 170 e 225 da CRFB, e somente na inviabilidade da tomada de tais medidas e de forma excepcional, recompensar o trabalhador em pecúnia, posto que a venda da saúde é injustificável, conforme será adiante abordado com maior especificidade.

4. Trabalho Insalubre – Abordagem do Custo Social

Partindo do pressuposto de preservação da saúde do trabalhador, com base em princípios constitucionais já citados e como também é proposta do presente estudo a análise do custo social resultante do trabalho em condições insalubres, merece consideração que estes são arcados pelo empregador, pelo empregado, pelo Estado e por toda a sociedade, conforme já asseverado no início do tópico.

E, para que se possa seguir adiante com a análise sugerida, será necessária a utilização de conceitos da Análise Econômica do Direito. Justifica-se esta opção, pois ao se conceber

o Direito como a arte de regulamentar o comportamento humano e a Economia com a ciência que estuda como o ser humano se comporta e toma decisões num mundo onde os recursos são escassos, a Análise Econômica do Direito busca empregar as ferramentas econômicas teóricas e empíricas para expandir a compreensão e o alcance do Direito, aperfeiçoando seu desenvolvimento, aplicação e avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências (GICO JÚNIOR, 2011, p. 17-18).

Ao abordar o problema do custo social, Ronald Coase rejeita o tratamento convencional de tal custo como externalidades, ou seja, consequências não planejadas da atividade de um ou mais agentes econômicos, resultado da imposição unilateral de um dano a outrem. Trata os custos sociais como decorrentes de situações em que, com relação ao objeto do dano, os agentes envolvidos estabelecem entre si uma relação de reciprocidade, ou seja, numa relação entre dois agentes, ambos causam o evento, restando aos mesmos considerarem o dano para tomar uma decisão de como agir, para que possa escolhida a alternativa mais vantajosa (COASE *apud* NEVES, p. 58-59).

Porém, quando se parte para uma análise do custo social envolvendo direitos sociais básicos, há que se considerar que os atores envolvidos têm diferentes possibilidades de acesso às informações que se fazem relevantes, além de diversas formas de controlar ou manipular tais informações, o que por consequência culmina na desigualdade do poder de negociação, ou seja, dimensões de poder e de política que não podem ser ignoradas (NEVES, 2011, p. 61-62).

Quando se traz estas considerações para o presente estudo, tem-se que no pacto empregatício o empregador está em posição de superioridade em relação ao empregado, o que lhe permite estabelecer as cláusulas contratuais, sem muito poder de negociação por parte deste, considerado como hipossuficiente e que tem no posto de trabalho a possibilidade de satisfação de suas necessidades de subsistência. Desta forma, utópica seria a consideração de que, entre os atores da relação laboral, pudesse ser tomada uma decisão negociada acerca dos custos sociais.

Assim, a alternativa que se propõe é baseada em William K. Kapp (1965, p. 305-307), um economista institucionalista que assevera que a análise dos custos sociais deve ser baseada na maximização dos benefícios da atividade econômica, estes entendidos enquanto valores sociais, com um mínimo de custo social. Isso se consolida num problema de eficiência social, ou seja, a definição de critérios para o desempenho econômico, mas sem se perder de vista valores da sociedade, como objetivos de bem-estar, assentados numa teoria substantiva das necessidades humanas essenciais e do comportamento humano (NEVES, 2011, p. 64).

Diante disso, há necessidade da abordagem dos custos e benefícios do problema em análise, qual seja, a monetização do risco. Isso será feito através do elenco das consequências

da exposição do trabalhador a atividades nocivas para os atores da relação de emprego e, em se tratando de custo social, especialmente ao Estado, para que se possa fazer o enfrentamento da questão e adoção de medidas que se apresentem como possivelmente aptas a solução do problema.

Quando se trata das consequências do labor em ambientes insalubres para o empregado, tem-se que este, quanto exposto a condições laborais que ofereçam risco a suas saúde e integridade física, poderá sofrer acidente de trabalho.

Nesta seara, o artigo 19 da Lei nº. 8.213/1991 prevê como acidente de trabalho aquele que cause a morte, perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. Já o artigo 20 do referido texto legal considera como acidente de trabalho a doença profissional e a doença do trabalho, sendo que o artigo 21 traz formas de acidente de trabalho por equiparação.

No presente estudo, em que se analisa o trabalho prestado em situações que oferecem risco a saúde e integridade física e psíquica do obreiro, ficar-se-á adstrito aos conceitos dos artigos 19 e 20 da Lei nº. 8.213/1991.

Desta forma, acidente de trabalho em sentido amplo diz respeito a todo evento danoso, que tenha sido ocasionado durante a prestação do labor e que traga sequelas incapacitantes ou a morte (SANTOS, 2011, p. 274). Portanto, aí se incluem tanto o acidente em sentido estrito, como o evento traumático e as doenças incapacitantes, quais sejam a doença profissional, que é aquela produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e doença do trabalho, como aquela adquirida ou desencadeada em função das condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente (SANTOS, 2011, p. 274).

Ao se tratar de labor exposto a condições insalubres, o risco oferecido aos empregados está mais ligado ao desenvolvimento de doenças do trabalho, mas não se descarta a hipótese da ocorrência do acidente em sentido estrito. Assim ocorrendo, o trabalhador poderá ter sua incapacidade para o trabalho reduzida, perdê-la ou ainda ser levado à morte.

Como consequência reflexa dos custos impostos ao trabalhador acima expostos, há aqueles que serão suportados pelo Estado, através do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que deverá arcar com o pagamento de benefício previdenciário ao trabalhador (que detém a qualidade de segurado) ou, em caso de morte deste, a seus dependentes. Referidas prestações podem se consubstanciar num auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, pensão por morte, ou ainda, em caso de consolidação de lesões, em auxílio-acidente. Ressalte-se que, nesse caso, a responsabilidade da Previdência é objetiva, não se perquirindo, para o gozo do benefício, acerca da culpa do trabalhador.

Aliado a isso, existe a previsão da aposentadoria especial, com redução do tempo de contribuição, para os segurados que exerceram suas atividades em condições especiais,

que prejudiquem a saúde e integridade física, estando aí incluídos os agentes insalubres (art. 57 da Lei nº. 8.213/1991), o que também representa um custo para o Estado, tanto com relação ao pagamento de benefícios de forma antecipada, quanto com relação a perda precoce da força de trabalho destas pessoas e, por consequência, da possibilidade de geração de riquezas.

Com relação ao empregador, as consequências também são expressivas, pois acaso o empregado que trabalha em condições insalubres sofra um acidente de trabalho em sentido amplo, aquele arcará com o pagamento do salário do acidentado nos primeiros trinta dias de afastamento³, podendo ser responsabilizado por ação regressiva previdenciária em caso de culpa, por ações de indenização por danos material, moral, estético, bem como se privando da prestação de serviços deste empregado.

Portanto, denota-se que a exposição a riscos traz custos às partes envolvidas na relação de trabalho, ao Estado e a toda a sociedade, sendo necessária a reflexão sobre medidas alternativas, que tenham por finalidade a preservação da saúde e integridade física do trabalhador, sem perder de vista a lucratividade do empregador.

5. O Enfrentamento da Questão – Risco Ocupacional e Medidas Passíveis de Adoção

A solução da questão em debate, qual seja, a exposição do trabalhador a risco não se apresenta de forma tão simplificada, pois devem ser analisadas situações em que há incompatibilidade da adoção da opção de proibir o trabalho insalubre, ou seja, aquelas em que há impossibilidade de dissociar a própria prestação de serviços de tais condições, como por exemplo, em ambientes hospitalares, onde há o risco de exposição a doenças infectocontagiosas, aliada a real necessidade do exercício de tais atribuições, dentre outras hipóteses.

Portanto, necessária a análise do tema sob prismas antagônicos, quais sejam, de situações onde o risco pode ser eliminado ou neutralizado, bem como naquelas onde não se vislumbram estas possibilidades.

Assim, em primeiro lugar, há necessidade de mudança da política de monetização do risco, que conforme já asseverado, traz custos a todas as partes envolvidas no contrato de trabalho, bem como ao Estado e por consequência, a toda a sociedade, e a adoção de regras gerais de prevenção, que obriguem o empregador à melhoria no meio ambiente laboral, com atenção prioritária a eliminação ou neutralização do agente agressor, através do fornecimento de equipamentos de proteção individual e utilização de equipamentos de proteção coletiva.

3 Conforme artigo 1º. da Medida Provisória nº. 664, de 30 de dezembro de 2014.

Para tanto, seriam necessárias mudanças legislativas, elaboradas em conformidade com regras econômicas, pois o Direito funciona como um conjunto de normas que constituem as regras de conduta social, visando regular a atividade dos homens e suas relações sociais, bem como um meio de solucionar conflitos (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 20). Com isto, seriam demonstrados os custos da continuidade da exposição ao risco a todos os atores da relação de emprego *versus* o custo da prevenção. Por mais que esta alternativa representasse um custo imediato a ambas as partes (empregado e empregador), haveria lucratividade a longo prazo, pois reduzir-se-iam os acidentes de trabalho e, assim, todo o custo gerado em função disso, como a degradação da saúde do trabalhador, os afastamentos dos postos de trabalho e as indenizações.

A alteração proposta se aplicaria como regra geral a todos os ambientes em que há possibilidade de eliminação ou neutralização do agente agressor. Àqueles ambientes excepcionais, onde há a impossibilidade de eliminação do risco, esta inviabilidade deveria ser comprovada, através de laudos profissionais. Neste caso, a solução que se apresenta seria a redução da jornada e a proibição de labor extraordinário, medidas adotadas em ordenamentos alienígenas. Esta alternativa representaria uma menor exposição diária, combinada com um período de repouso mais dilatado, o que poderia permitir ao seu organismo recompor-se da agressão e manter a higidez (OLIVEIRA, 2011, p. 157).

A sugerida adoção de estratégias de prevenção do risco, através da eliminação ou neutralização dos agentes encontra fundamento em normas internacionais, conforme Convenções nº. 155, nº. 161 e nº. 187 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que abordam temas como a proteção do trabalhador, do meio ambiente de trabalho e de medidas preventivas do risco, respectivamente.

Nesta esteira, podem-se também citar como preventivas, medidas de esclarecimento e educação aos empregadores e empregados, a fim de se demonstrar o custo da manutenção do ambiente de trabalho em condições nocivas a integridade física e psicológica. Há que se considerar que a prevenção de riscos profissionais proporciona um ambiente de trabalho mais seguro e agradável aos trabalhadores, além de representar a promoção de sua dignidade e o valor social do trabalho (MOREIRA; MAGALHÃES, 2012, p. 1446).

Com relação aos empregados, é de muita importância a adoção desta medida pedagógica, a fim de se demonstrar que o pensamento imediatista adotado pelos mesmos, muitas vezes de forma inconsciente, da obtenção de vantagem financeira e possibilidade de aposentadoria precoce, nada mais significa que a venda da sua saúde e até mesmo de parte da própria vida (OLIVEIRA, 2001, p. 157). Este é um problema latente na sociedade, pois os trabalhadores veem o adicional como uma possibilidade de majoração salarial, e muitos não têm interesse de se desvincular da atividade insalubre, pois isto representaria decréscimo de renda.

Para a análise de tal problema, o conceito de *habitus* de Bourdieu (1989, p. 59-67), pode ser usado como arcabouço teórico-metodológico, pois traz significativas contribuições, afastando o estruturalismo e a fenomenologia, na compreensão do comportamento dos seres em sociedade. Para o referido autor, a consciência e a ação dos homens não são determinadas de forma mecânica, como definido pelo estruturalismo, nem se trata de resultado da livre escolha dos agentes sociais como pressupõe as correntes subjetivistas. A consciência do indivíduo, no conceito de *habitus*, representa um conjunto de ideias e representações, que constituem a subjetividade dos agentes e o sentido de suas ações, e isso se forma e transforma de acordo com as experiências vivenciadas pelos indivíduos em sua trajetória social (não apenas na seara econômica), bem como em consonância com as estratégias de ação, dentro de certas situações concretas. Nesta concepção, *habitus* são estruturas estruturantes, geradoras das práticas, e incorporadas pelos indivíduos e condicionadoras das práticas (BOURDIEU, 1989, p. 59-67).

Neste contexto, e se estabelecendo a relação entre as estruturas objetivas e as práticas concretas, o labor em condições insalubres é uma prática adotada e, inclusive incentivada, mediante pagamento de adicionais salariais, o que faz com que os trabalhadores, condicionados por tal prática, aceitem e até entendam como vantagem laborar em condições prejudiciais a sua saúde e integridade física, pois têm como recompensa um pagamento, que de forma imediatista lhe incrementará a sua subsistência, mas a longo prazo, degradará a sua saúde.

Ainda, a par do pagamento do *plus* salarial, na forma de adicional sobre o salário, existe a possibilidade da já mencionada aposentadoria especial prevista nos artigos 57 e 58 da Lei nº. 8.213/1991 e artigos 64 a 80 do Decreto nº. 3.048/1999, e que se trata de um verdadeiro estímulo ao trabalho em condições nocivas a saúde e a integridade física, fazendo que trabalhadores visualizem mais esta vantagem no labor em tais condições.

Contudo, é mister que se esclareça a classe obreira que há necessidade de mudança destes conceitos arraigados, demonstrando-se que os benefícios de aposentadoria precoce e incremento salarial são falaciosos e somente se encontram em pauta porque a sua saúde está em risco, ou já seriamente prejudicada, contrariando a medida lógica, que seria a prevenção da exposição a agentes nocivos, e jamais um ressarcimento pela exposição de perigo à vida.

Assim, claro é que o sistema de monetização de risco é falho, porquanto não cumpre as funções propostas por seus defensores, bem como viola os direitos fundamentais do trabalhador, consistindo o adicional de insalubridade em medida paliativa que, em verdade, apenas promove uma recompensa insignificante ao trabalhador, sem, contudo, resolver o ponto nevrálgico da questão, qual seja, os danos – muitas vezes irreparáveis – à saúde do trabalhador.

Desta forma, a proibição da monetização do risco, através da adoção de critérios preventivos, pela eliminação/neutralização do risco e redução da jornada de trabalho dos empregados expostos a agentes agressores a sua saúde e integridade física, certamente resultaria em maiores possibilidade de luta pelo trabalho em condições dignas, sem o fascínio enganoso dos adicionais e das aposentadorias precoces.

Para alterar essa realidade, é imperioso que haja uma ação reflexiva, concertada e efetiva sobre a questão entre sociedade, Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, o que se mostra urgente ao se considerar o cenário atual brasileiro, em que se visualiza uma crescente oferta de empregos, inclusive em condições nocivas à saúde e à integridade física do trabalhador.

Defende-se, então, que a estratégia utilizada pelo ordenamento jurídico pátrio merece ser reformulada, considerando a implementação de medidas substitutivas, priorizando sempre a prevenção, como a melhor alternativa para a proteção do obreiro em seu ambiente de trabalho, não podendo mais ser tolerado o simples ressarcimento financeiro, através do pagamento de adicional ao salário, que causa efeitos deletérios na sociedade.

A manutenção de um ambiente de trabalho seguro e saudável gera ganhos aos trabalhadores e aos empregadores, implicando em melhoras quantitativa e qualitativa da prestação do labor, além de aprimoramento das relações humanas e da promoção dos princípios da dignidade da pessoa humana e da função social do trabalho.

6. Uma Análise do Direito Comparado - Atividade Insalubre no Ordenamento Espanhol

Como mais uma justificativa a ser considerada, para se demonstrar que a política de monetização do risco adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro é equivocada e que há necessidade de sua substituição, far-se-á uma breve análise do ordenamento jurídico espanhol, que prima pela prevenção e onde não há qualquer previsão de ressarcimento financeiro pela exposição a risco do trabalhador.

A Constituição espanhola, no seu artigo 40.²⁴ prevê que é tarefa dos poderes públicos zelar pela segurança e higiene no trabalho. Além disso, reconhece, no artigo 43, itens 1 e 2⁵ como direito de todos a proteção da saúde, estabelecendo também aos poderes públicos

⁴ *Artículo 40.*

2.Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados. (ESPANHA, *Constitución Española* Disponível em http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf. Acesso em 08 mai. 2015).

⁵ *Artículo 43.*

a competência de organizar e tutelar a saúde pública, através de medidas preventivas e das prestações e serviços necessários.

Nesta esteira, tem-se que o Direito espanhol se aproxima do Direito pátrio, uma vez que a CRFB, que trata da saúde como um direito de todos e dever do Estado, de acesso universal e igualitário (artigo 196⁶), estabelece como norma orientadora do sistema de proteção direito dos trabalhadores urbanos e rurais, a necessidade de redução dos riscos inerentes ao trabalho, através de normas de saúde, higiene e segurança (artigo 7º., inciso XXII⁷). Como forma de implementação desta tutela da saúde e segurança do trabalhador, a CRFB assegura o direito a um meio ambiente de trabalho equilibrado, que deve abranger tanto as relações interpessoais, quando as hierárquicas, salvaguardando a saúde física e mental do trabalhador, a fim de que desfrute de qualidade de vida digna e saudável.⁸

Contudo, o afastamento das legislações logo desponta, pois os dispositivos espanhóis não vislumbram o ressarcimento financeiro ao trabalhador que presta serviços em ambientes nocivos a sua saúde e integridade física, como ocorre no Brasil, do que se verifica que aquele ordenamento jurídico prima pela prevenção, e não pela monetização do risco.

Para justificar este entendimento, pode-se verificar que o Estatuto do Trabalhador, em seu artigo 19⁹, ao tratar da segurança e higiene, estabelece, no item 5 que, se os órgãos

1. *Se reconoce el derecho a la protección de la salud.*

2. *Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. Fomento del deporte.* (ESPAÑA, *Constitución Española* Disponível em http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf. Acesso em 08 mai. 2015).

6 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

7 Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

8 Artigo 200, VIII combinado com o artigo 255 da CRFB de 1988.

9 *Artículo 19. Seguridad e higiene. (...)*

5. Los órganos internos de la empresa competentes en materia de seguridad y, en su defecto, los representantes legales de los trabajadores en el centro de trabajo, que aprecien una probabilidad seria y grave de accidente por la inobservancia de la legislación aplicable en la materia, requerirán al empresario por escrito para que adopte las medidas oportunas que hagan desaparecer el estado de riesgo; si la petición no fuese atendida en un plazo de cuatro días, se dirigirán a la autoridad competente; ésta, si apreciase las circunstancias alegadas, mediante resolución fundada, requerirán al empresario para que adopte las medidas de seguridad apropiadas o que suspenda sus actividades en la zona o local de trabajo o con el material en peligro. También podrá ordenar, con los informes técnicos precisos, la paralización inmediata del trabajo si se estima un riesgo grave de accidente. Si el riesgo de accidente fuera inminente, la paralización de las actividades podrá ser acordada por decisión de los órganos competentes de la empresa en materia de seguridad o por el 75 por ciento de los representantes de los trabajadores en empresas con procesos discontinuos y de la totalidad de los mismos en aquellas cuyo proceso sea continuo; tal acuerdo será comunicado de inmediato a la empresa y a la autoridad laboral, la cual, en veinticuatro horas, anulará o ratificará la paralización acordada. (ESPAÑA. *Estatuto de los Trabajadores*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/37817/64929/S94ESP01.htm>>. Acesso em 09 mai. 2015).

internos da empresa, competentes em matéria de seguridade, ou, na sua falta, os representantes dos empregados naquele local verificarem a possibilidade de acidente pela inobservância da legislação, farão requerimento por escrito ao empresário, para que adotem medidas capazes de eliminar o risco. Também prevê que, não sendo o pedido atendido num prazo de quatro dias, aqueles se dirigirão a autoridade competente, que apreciará as circunstâncias alegadas e requisitará ao empregador que adote as medidas de segurança apropriadas ou suspenda suas atividades no local de trabalho onde haja contato com o risco. Ainda há a opção de determinar, mediante parecer técnico preciso, a paralisação imediata do trabalho, caso haja risco grave de acidente. Referido dispositivo legal também determina que em caso de risco iminente de acidente, a paralisação das atividades poderá ser acordada por decisão dos órgãos competentes da empresa, em matéria de segurança, ou por setenta e cinco por cento dos trabalhadores que estejam expostos a risco, de modo descontínuo, ou da totalidade em caso de risco contínuo. Esta decisão deverá ser comunicada de imediato a empresa, a autoridade do trabalho que, em vinte e quatro horas anulará ou ratificará a paralisação acordada.

Também, merece referência que no Direito espanhol há uma Lei Geral de Saúde, Lei nº. 14/1986¹⁰, que dedica o Capítulo IV a Saúde do Trabalho, prevendo ações de promoção da saúde do trabalhador, prevenção dos riscos profissionais, através da detecção precoce e individualização dos fatores de risco ocupacional e elaboração de mapas de tais condições, o que obriga os empregadores a comunicar às autoridades sanitárias as substâncias utilizadas no seu ciclo produtivo, permitindo alimentar um sistema de informação que permite controle epidemiológico e registro de morbidades e morte por patologias profissionais.

Além de referidos dispositivos, há a Lei de Prevenção de Riscos Laborais, Lei nº. 31/1995¹¹, que estabelece princípios gerais a que deve se submeter a vigilância da saúde do trabalhador, se constituindo na base normativa atual em que esta atividade se sustenta. Regula a atuação das administrações públicas em relação a matéria, mas sempre com ações preventivas e de fiscalização.

O mesmo caminho segue o Decreto Legislativo Real nº. 5/2000¹², ao dispor sobre as infrações e respectivas sanções. O Decreto Legislativo Real nº. 1/1994¹³ prevê normas

10 ESPANHA. *LA LEY GENERAL DE SANIDAD, 14/1986*. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1986-10499>>. Acesso em 09 mai. 2015.

11 ESPANHA. *La ley de prevención de riesgos laborales 31/1995*. Disponível em: <<http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1f1a3bc79ab34c578c2e8884060961ca/?vgnextoid=771be9369a3d3110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD&vgnnextchannel=ff3cc6b33a9f1110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD&tab=-tabConsultaIndice>>. Acesso em 09 mai; 2015.

12 ESPANHA. *El Real Decreto Legislativo 5/2000*. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2000-15060>>. Acesso em 09 mai. 2015.

13 ESPANHA. *El Real Decreto Legislativo 1/1994*. Disponível em: <http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/095093>. Acesso em 10 mai. 2015.

específicas para enfermidades profissionais, obrigando empresas que tenham postos de trabalho sujeitos a risco a realizar o exame médico prévio e periódico. Em caso de descumprimento de tal preceito, estabelece que os empregadores serão responsabilizadas diretamente de todas as prestações que disso derivar, associado a uma multa de acidente de trabalho e enfermidades profissionais. O Regulamento dos Serviços de Prevenção, RD nº. 39/1997¹⁴, aprovado pela Ordem de 27 de junho de 1997, determina a constituição de uma unidade organizadora específica, para realiar atividades preventivas nas empresas.

Com base nessa breve análise de dispositivos legais espanhóis, pode-se denotar que adota medidas preventivas, proibitivas e punitivas do trabalho em condições de risco, trazendo políticas de fiscalização, prevenção e punição para empresas que disponham de atividades em aludidas condições, não prevendo a possibilidade de compensação pecuniária pelo desgaste da saúde.

Diante disso, verifica-se que é possível evitar as consequências danosas que decorrem do trabalho em condições insalubres no Brasil, através da alteração da política de monetização do risco por um sistema que prime pela prevenção, através da imposição de medidas que neutralizem ou eliminem o risco e com isto seja preservada a qualidade no meio ambiente de trabalho.

7. Conclusões

No Brasil, a problemática envolvendo risco ocupacional decorrente da exposição de trabalhadores a agentes nocivos a sua saúde e integridade física, em especial, no presente estudo, a agentes insalubres, tem origem precípua na escolha, por parte do legislador, da adoção do sistema de monetização de risco, que visa compensar financeiramente os danos à saúde do obreiro através de acréscimos salariais.

A partir da opção da política de monetização do risco pelo ordenamento jurídico nacional, está autorizado por lei o trabalho em condições nocivas a saúde e a integridade física e psíquica do trabalhador. Mesmo porque, não existem impedimentos legais a prestação de serviços em tais situações adversas. Aliado a isto, a imposição de pagamento de adicionais, como meio de onerar o empregador e obrigá-lo a eliminação do risco, não cumpre seu papel pedagógico, pois em muitas hipóteses este prefere pagá-lo aos seus empregados a eliminar o risco. Contudo, esta opção apresenta-se como uma hipótese muito custosa ao próprio empregador, ao trabalhador, ao Estado e a toda a sociedade, representando um alto custo social a ser suportado.

14 ESPANHA. *Reglamento de los servicios de prevención*, R.D. 39/1997. Disponível em: <<http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1f1a3bc79ab34c578c2e8884060961ca/?vgnextoid=1b3c62390bcc5110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD&vgnextchannel=75164a7f8a65110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD&tab=tabConsultaCompleta>>. Acesso em 10 mai. 2015.

A questão pode ser enfrentada a partir da convergência de fundamentos do Direito e da Economia, ou seja, através do abandono da política de monetização do risco e da adoção de regras que obriguem o empregador a melhoria no ambiente de trabalho, eliminando ou neutralizando o risco através da utilização de medidas de prevenção, equipamentos de proteção individual e coletiva, dentre outras. Isto seria admitido como viável com a demonstração de que a prevenção é menos custosa que a reparação.

Estas são ações que já foram adotadas por ordenamentos jurídicos alienígenas, como é o caso do Direito Espanhol abordado, que prima pela prevenção, fiscalização e punição, não possibilitando o ressarcimento pecuniário pelo labor em condições adversas.

Portanto, a obrigatoriedade de implementação de medidas preventivas certamente impactará no custo social decorrente da exposição do trabalhador a risco, reduzindo as consequências indenizatórias, o número de afastamentos, a diminuição da produtividade, a redução da qualidade. Além disso, proporcionará ao trabalhador um ambiente de trabalho saudável, onde a atividade laboral não represente uma forma de degradação compulsória de sua saúde, mas uma fonte de plena realização pessoal e profissional.

8. Referências

- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989.
- BRAVERMAN, H. Trabalho e capitalismo monopolista: a degradação do trabalho no século XX. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.
- CAMPAGNOLI, Adriana de F. P. Ferreira, MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. **Uma (re) leitura do artigo 7º, XXIII da Constituição da República – possíveis alternativas para a monetização do risco com enfoque em atividades insalubres**. In: NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; MISAILIDIS, Mirta Gladys Lerena Mazo de; BARACAT, Eduardo Milléo. Direito do Trabalho. Florianópolis: Funjab, 2013.
- DEJOURS, Christophe. **A loucura do trabalho**: estudo da psicopatologia do trabalho. 3 ed. ampl. São Paulo: Cortez, 1992.
- GICO JUNIOR, Ivo T. **Introdução à Análise Econômica do Direito**. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. KLEIN, Vinícius (Coord.). O que é análise econômica do Direito: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- KAPP, K. William (1965). **Social Economics and Social Welfare Minima**. In: UNNITHAN, T. K. Narayanan *et al.* (orgs.). **Towards a Sociology of Culture in India: Essays in Honor of Dr. D. P. Mukerji**. New Delhi: Prentice Hall of India, 297-309. Disponível em <http://www.kwilliam-kapp.de/documents/INDIAPDF.pdf>. Acesso em 06 jun. 2014.

- LOPES NETTO, Andre. Risco e perigo. **Revista CIPA**, São Paulo, v. XXVI, n. 311, p. 100-112, out. 2005.
- MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Livro primeiro – O processo de produção do capital, tomo 2. Coordenação e revisão de Paul Singer. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- MOREIRA, Adriano Jannuzzi; MAGALHÃES, Aline Carneiro. A prevenção como forma de combater os acidentes de trabalho e doenças ocupacionais e de promover a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, vol 76, n. 12, p. 1442-1451, dez. 2012.
- NEVES, Vítor. Custos sociais: onde para o mercado. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 95, Dezembro 2011, p. 55-68.
- NOGUEIRA, Diogo Pupo. A insalubridade na empresa e o médico do trabalho. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**. São Paulo, v. 12, n. 45, jan-mar, 1984.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2011.
- PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Uma introdução teórica**: Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Maria Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Col.). **Segurança e Medicina do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SATO, Leny. Conceito de trabalho penoso. **Revista CIPA**, São Paulo, v. 15, n. 179, p. 39-47, 1994.
- SIQUEIRA, Peter Vieira de. O conflito entre o recebimento do adicional de insalubridade e a melhoria nas condições laborais. **Revista Científica A Palavra**, Faculdade de Fortaleza. Fortaleza, ano 3, n. 3, p. 15-26, 2012.
- ESPANHA. *Constitución Española*. Disponível em http://www.lamoncloa.gob.es/documentos/constitucion_es1.pdf. Acesso em 08 mai. 2015.
- _____. *El Real Decreto Legislativo 1/1994*. Disponível em: <http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/095093>. Acesso em 10 mai. 2015.
- _____. *El Real Decreto Legislativo 5/2000*. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2000-15060>>. Acesso em 09 mai. 2015.
- _____. *Estatuto de los Trabajadores*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WBTEXT/37817/64929/S94ESP01.htm>>. Acesso em 09 mai. 2015.

_____. *La ley de prevención de riesgos laborales 31/1995*. Disponível em: <<http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1f1a3bc79ab34c578c2e8884060961ca/?vgnextoid=771be9369a3d3110VgnVCM10000dc0ca8c0RCRD&vgnextchannel=f3cc6b33a9f1110VgnVCM10000dc0ca8c0RCRD&tab=tabConsultaIndice>>. Acesso em 09 mai; 2015.

_____. *La ley general de sanidad 14/1986*. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1986-10499>>. Acesso em 09 mai. 2015.

_____. *Reglamento de los servicios de prevención, r.d. 39/1997*. Disponível em: <<http://www.insht.es/portal/site/Insht/.menuitem.1f1a3bc79ab34c578c2e8884060961ca/?vgnextoid=1b3c62390bcc5110VgnVCM10000dc0ca8c0RCRD&vgnextchannel=75164a7f8a651110VgnVCM10000dc0ca8c0RCRD&tab=tabConsultaCompleta>>. Acesso em 10 mai. 2015.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. C 155 Convênio sobre segurança e saúde dos trabalhadores. 1981. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/legislacao/convencao-n-155.htm>. Acesso em: 26 mar. 2015.

_____. C 161 Convênio sobre os serviços de saúde no trabalho. 1985. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/legislacao/convencao-n-161.htm>. Acesso em: 26 mar. 2015.

_____. C 187 Convenção sobre o quadro promocional para a segurança e saúde no trabalho, 2006. 2006. Disponível em: <http://www.gso.org.br/files/file_id266.pdf>. Acesso em 26 mar. 2015.

UMA ANÁLISE DOS REFLEXOS NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS DA LEI N. 12.984 DE 2/6/2014 QUE CRIMINALIZA A DISCRIMINAÇÃO DOS PORTADORES DO VÍRUS HIV E DOS DOENTES DE AIDS

MARIA APARECIDA ALKIMIN

Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/ lus Gentium Conimbrigae, Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo, professora do Curso de Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo e membro do conselho editorial da Revista Direito & Paz.

ANA MARIA VIOLA DE SOUSA

Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/ lus Gentium Conimbrigae (2013); Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003); Mestre em Direito pela Universidade Pontifícia Católica de São Paulo (1998). Atualmente Professora e Pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo; Professora e Pesquisadora do curso de Direito pela Universidade do Vale do Paraíba (UNIVAP) e Universidade Paulista (UNIP). Integra o corpo de cooperação técnico, científico e cultural, compondo a Cátedra da UNESCO de Juventude, Educação e Sociedade, com sede na Universidade Católica de Brasília.

Resumo

Desde o seu surgimento, a AIDS se tornou uma das grandes causas de discriminação do trabalhador no ambiente laboral e, sem uma tutela específica, mas apenas genérica, intensifica a vulnerabilidade do trabalhador portador dessa doença. No Brasil, no âmbito trabalhista, não há norma específica na tutela jurídica dos portadores de AIDS/HIV, valendo-se de orientações emanadas pela Constituição Federal e da Lei 9.029/95 para a defesa desses trabalhadores. A edição da Lei 12.984/14, objetiva tornar crime, qualquer forma de discriminação contra a pessoa em razão de condição de portador do vírus ou doente de AIDS. No presente trabalho, faz-se uma análise nos reflexos que o crime de discriminação previsto nesta lei possa repercutir na seara do Direito do Trabalho. Demonstra-se que a aplicação é bastante promissora, pois o texto abrange tanto a relação de trabalho quanto relação de emprego, inclusive relação de vínculo estatutário. Procurou a

lei proteger o trabalhador no meio ambiente de trabalho, defendendo o respeito à dignidade da pessoa humana e a consideração às condições físicas do portador do vírus e da doença. Com a presente lei, é indiscutível o avanço legislativo brasileiro, punindo com multa e prisão qualquer ato direto ou indireto de discriminação às pessoas em razão de sua condição de portador da doença. Mas ainda fica o desafio de torna-la visível e efetiva a sua aplicabilidade.

Palavras-chave

Igualdade; Crime de discriminação; Relações trabalhistas; Lei 12.984/14.

Resumen

Desde su surgimiento, la SIDA se hizo una de las grandes causas de discriminación del trabajador en el ambiente laboral y, sin una tutela específica, pero sólo genérica, intensifica la vulnerabilidad del trabajador portador de esa enfermedad. En Brasil, en el ámbito laboral, no hay norma específica en la tutela jurídica de los portadores de SIDA/VIH, valiéndose de orientaciones emanadas por la Constitución Federal y de la Ley 9.029/95 para la defensa de esos trabajadores. La edición de la Ley 12.984/14, objetiva hacer crimen, cualquier forma de discriminación contra la persona en razón de condición de portador del virus o enfermo de SIDA. En el presente trabajo, se hace un análisis en los reflejos que el crimen de discriminación previsto en esta ley pueda repercutir en la seara del Derecho del Trabajo. Se demuestra que la aplicación es bastante promissora, pues el texto comprende tanto la relación de trabajo cuánto relación de empleo, inclusive relación de vínculo estatutario. Buscó la ley proteger el trabajador en medio ambiente de trabajo, defendiendo el respeto a la dignidad de la persona humana y la consideración a las condiciones físicas del portador del virus y de la enfermedad. Con la presente ley, es indiscutível el avance legislativo brasileño, puniendo con multa y prisión cualquiera ato directo o indirecto de discriminación a las personas en razón de su condición de portador de la enfermedad. Pero aún queda el desafío de la hacer visible y realiza su aplicabilidade.

Palabras clave

Igualdad; Crimen de discriminación; Relaciones laborales; Ley 12.984/2014.

1. Introdução

A igualdade e a não discriminação são princípios basilares constitucionais devendo ser observado em todas as searas da vida. Na área trabalhista, mais ainda, pois o que se objetiva na escolha do candidato ao emprego é a sua avaliação tendo como critérios

fatores objetivos que afirmam sua aptidão para a vaga pretendida. Ademais, o simples fato de a pessoa ser portadora do vírus HIV ou estar doente de AIDS não retira sua aptidão ao trabalho.

Embora na esfera trabalhista não haja uma lei específica que tutele os direitos do trabalhador acometido pelo HIV/AIDS, é certo que a discriminação é vedada, apesar de genericamente tratado na Constituição Federal, na Consolidação das Leis do Trabalho, bem assim na Lei 9.029/95 que veda práticas discriminatórias por diversos motivos.

Ainda são diversas as situações em que o soropositivo é discriminado, em razão da cultura do preconceito acerca da AIDS. Quando uma pessoa comum é discriminada no trabalho, há ofensa à sua dignidade, mas se a pessoa discriminada o é, por sua situação de saúde, é duplamente desrespeitada, não só em sua dignidade de pessoa, como também como trabalhadora. Combatendo essa situação foi promulgada em 2 de junho de 2014, a Lei 12.984, que criminaliza a discriminação contra pessoas portadoras do HIV/AIDS.

Embora essa Lei seja de natureza penal, já que constitui crimes de discriminação, retrata também a efetivação da tutela com reflexos no ambiente laboral. Esse é o objetivo do presente artigo. Discute-se aqui os principais reflexos trabalhistas da Lei antidiscriminatória, analisando, principalmente, o âmbito de sua aplicabilidade, o enfoque do bem jurídico ofendido e o alcance das condutas discriminatórias tipificadas.

A análise ora apresentada possui grande relevância no ambiente laboral, uma vez que a legislação em comento, ao criminalizar condutas discriminatórias, procura conservar, preservar e defender a garantia dos direitos humanos, a liberdade e igualdade como princípios e valores inerentes à pessoa humana, proporcionando, cada vez mais, condições decentes de trabalho.

2. O Princípio da Igualdade e a Não-Discriminação

2.1. Igualdade e Dignidade

A dignidade é atributo natural inerente à pessoa humana, cuja pessoa humana representa uma unidade corporal e espiritual, dotada de razão e liberdade. A igualdade é um direito natural proclamado pela DUDH (1948) nos seguintes termos: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de solidariedade.” (Artigo I, DUDH, 1948)

Tratam-se de princípios-valores inerentes à condição humana, logo, dignidade humana e igualdade se completam e se complementam, ou seja, um homem só tem dignidade se recebe tratamento igual aos seus semelhantes, pois entre semelhantes não pode haver diferenças de tratamento.

Toda pessoa humana representa uma unidade espiritual e moral, da qual erradia a dignidade humana, cuja dignidade é um atributo inerente a toda pessoa humana, que a torna igual em relação a todos os seus semelhantes, haja vista que todos os seres humanos são dotados de razão e autodeterminação e como integrantes do meio natural possuem direitos naturais compatíveis com a existência humana, tais como a vida, liberdade, igualdade, direitos esses inarredáveis da condição humana.

Nas palavras de Fábio Konder Comparato:

(...)o ser humano passar a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes. (COMPARATO, 2003, p. 11)

A universalização dos direitos humanos, nascida após a 2ª. Grande Guerra, com a proclamação dos Direitos Humanos pela ONU, conscientizando que a pessoa é meio e não fim em si mesmo, portanto, exigindo por parte do Estado que representa poder e soberania a tutela aos chamados direitos de primeira geração, os quais impõem ao Estado um dever positivo e negativo, traduzindo-se no dever de proteger, promover e defender e na omissão ou inércia de provar lesão, ou seja, um *facere* e um *non facere*.

Nesse sentido o Estado Democrático de Direito exaltou como princípio-valor fundamento da ordem jurídica a dignidade da pessoa humana (rodapé; art. 1º. III, CF), donde irradiou a positivização de direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana, que saíram do plano do direito natural, para incorporar o direito posto, pois somente se materializa e concretiza a dignidade humana quando o Estado tutela o direito à vida e o exercício à vida livre e igual.

A igualdade enquanto extensão da dignidade da pessoa humana, embora de conteúdo principiológico, também possui conteúdo normativo que compõe a ordem jurídica na qualidade de direito fundamental de todo cidadão: Art. 5º., caput da CF: “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...”

Depreende-se que a igualdade é um valor do Estado democrático de Direito, e, nesse sentido, a proteção a direitos humanos, positivados e incorporados na ordem constitucional sob o manto dos direitos fundamentais que garantem condições dignas de vida é uma exigência do Estado do Bem-Estar Social. Dessa forma, não se pode falar em dignidade humana, sem a tutela por parte do Estado da vida, saúde, igualdade e liberdade, atributos naturais inerentes ao simples existir da pessoa humana.

Nas palavras de Canotilho:

(...) o princípio da igualdade não é apenas um princípio de Estado de Direito, mas também um princípio de Estado Social. Independentemente do problema da distinção entre igualdade fática e igualdade jurídica e dos problemas econômicos e políticos ligados à primeira...o princípio da igualdade sob o ponto de vista jurídico-constitucional assume relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades. (*Equality of opportunities*) e de condições reais de vida. (2010, p. 567)

Por outro lado, pode-se afirmar que a igualdade não é um princípio absoluto, pois a igualdade implica tratar diferentemente os desiguais, ou seja, a diferença de tratamento é um mecanismo que busca tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, levando-se em conta que há diferenças naturais entre os seres humanos.

Nesse sentido, surgiu a necessidade de tratamento diferente à minorias, no sentido de se buscar estabelecer uma igualdade formal para classes ou grupos, naturalmente, em condição de desigualdade, como é o caso da criança, do idoso, do consumidor, do trabalhador e do deficiente.

Logo, impõem-se medidas legislativas e ações afirmativas no sentido de buscar não apenas um favorecimento, mas antes de tudo uma igualdade formal de minorias socialmente inferiorizadas, buscando a eficácia real da igualdade e da dignidade humana. Nesse sentido, pode-se afirmar que a pessoa portadora do vírus HIV ou doente de AIDS integra a classe da minoria, impondo-se, conseqüentemente, um tratamento específico no afã de se coibir a discriminação.

2.2. Igualdade no Direito do Trabalho e a Não-Discriminação

A igualdade, conforme visto, apresenta conteúdo e princípios ligados ao direito natural, contudo foi positivada sob a forma de direito fundamental, assumindo um conteúdo normativo, razão pela qual, de acordo com a primeira dimensão dos Direitos Humanos, impõe ao Estado o dever de prestação, notadamente por meio de regras de não-discriminação; cujas regras obrigam os particulares, pois regras de efetivação de direitos e garantias fundamentais são oponíveis contra todos.

De acordo com o art. 3º., IV da CF/88: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “(...)...IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

O conteúdo normativo do princípio da igualdade, que impõe ao Estado ações, medidas, políticas públicas antidiscriminatórias, tem razão de existir mais intensa no âmbito das relações de trabalho, onde a desigualdade real e material (socioeconômica) entre

patrão e empregado é histórica e insuperável, demonstrando que jamais haverá igualdade real entre as partes no contrato de trabalho.

Sob essa ótica, pondera-se que a igualdade de tratamento nas relações de trabalho constitui-se em direito fundamental e social do trabalhador, protegido pela ordem jurídica constitucional que veda a discriminação salarial, no exercício de função e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (inciso XXX, art. 7º, CF); proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critério de admissão do trabalhador portador de deficiência (inciso XXXI, art. 7º, da CF); proibição de distinção de trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (inciso XXXII, art. 7º, da CF).

Como bem assevera Emmanuel Teófilo Furtado, “o princípio da isonomia, dentre outros, tem por fito assegurar a garantia individual de igualdade e, noutro passo, coibir protecionismo, preterições impertinentes ou favoritismos.” (2004, p. 141)

Pode-se afirmar que do princípio da igualdade decorre a vertente negativa que é o princípio da não-discriminação, permitindo a todo trabalhador acesso ao trabalho em condições de igualdade. Nesse sentido, impõe um comportamento negativo e positivo por parte do empregador, ou seja, positivo no sentido de criação de deveres de tratamento no ambiente de trabalho, e negativo no sentido de que é vedado ao empregador distinguir um trabalhador ou um grupo de trabalhadores por determinadas circunstâncias.

Dessa forma, a igualdade de tratamento, em matéria trabalhista, importa na igualdade de acesso à oportunidade de emprego e ao pleno emprego. O art. 170 da CF estabelece que um dos princípios da ordem econômica no Brasil é a busca pelo pleno emprego, logo, requer por parte dos empregadores comportamentos positivo e negativo acima referidos.

Por outro lado, comporta relativizar o princípio da igualdade e da não-discriminação em matéria de igualdade de oportunidades, ressaltando que igualdade perante a lei (isonomia) significa que todos são iguais em direitos e garantias condizentes a uma vida digna na sociedade, o que veda a discriminação injustificada, contudo, objetivamente considerando, há desigualdades reais e circunstanciais entre os homens, inclusive, entre trabalhadores no que se refere às aptidões, qualificação e qualidade de trabalho, condição física para determinada atividade etc., o que torna elementar o estabelecimento de diferenciações que não se confundem com ato arbitrário e discriminatório, portanto, desigualdades naturais poderão implicar tratamento diferenciado no sentido de igualar os iguais e desigualar os desiguais, possibilitando a inclusão no mercado de trabalho através da discriminação positiva.

John Rawls, em importante estudo comparativo conclui que:

(...) as imerecidas desigualdades requerem uma compensação e, desde que as desigualdades de nascimento e dons naturais são imerecidas, terão de

ser de algum modo compensadas. Assim, o princípio afirma que, visando tratar igualmente todas as pessoas e proporcionar uma autêntica igualdade de oportunidades, a sociedade terá de conceder maior atenção aos que tiverem menos dons naturais e aos que nascerem em posições sociais menos favorecidas. A ideia é compensar as desvantagens rumo à igualdade. (RAWLS, 1981, p. 96, apud MARTINS, 2008, p. 92)

Não basta proclamar a igualdade e generalizá-la, a desigualdade jurídica existe e deve ser promovida pelo próprio Estado e particulares visando justificar o tratamento diferenciado a pessoas que se encontrem em situação de inferioridade, carência ou de escassez de proteção que conduza à igualdade de oportunidades dentro do critério da razoabilidade, através de uma discriminação positiva-inclusiva.

No âmbito das relações de trabalho, a discriminação ocorre quando o empregador, sem qualquer motivação ou razão plausível, trata empregados ou pretensos empregados, de forma diferenciada, logo, a discriminação pode ocorrer tanto durante a execução do contrato de trabalho como também na fase pré-contratual e, ainda, após a extinção da relação empregatícia (fase pós-contratual).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), através da Convenção n. 111 proíbe a discriminação em matéria de emprego e ocupação, definindo discriminação no artigo 1º. como: “toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de oportunidade em matéria de emprego ou de profissão.”

Essa Convenção da OIT veda a discriminação de forma genérica, não especificou nenhum tipo de situação, logo, visa proibir a discriminação de todas as formas e por qualquer razão.

No âmbito interno, além de a CF garantir como direito fundamental a igualdade (art. 5º. e art. 7º) e não-discriminação, a Lei n. 9029 de 13/4/95 em seu artigo primeiro proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

3. Discriminação do Trabalhador Portador do Vírus HIV/AIDS

O trabalho dignifica o homem quando realizado em condições decentes e, principalmente, com igualdade de condições e imune a toda e qualquer forma de discriminação. No mundo do trabalho há diversas formas de discriminação contra a pessoa do trabalhador, ou seja, por raça, cor, opção sexual, religiosa etc., mas a que macula a imagem e a alma do trabalhador que já padece do sofrimento físico e psíquico em razão de portar algum tipo de doença é, justamente, a discriminação por motivo de doença.

A saúde é um bem jurídico imaterial que compõe a personalidade de toda pessoa, sendo certo que como direito e garantia fundamental está tutelado pelo legislador constituinte, cuja positividade impõe ao Estado o dever de proteção, preservação e prevenção. (art. 196, CF). Nesse sentido, o Estado tutela o meio ambiente laboral visando zelar e preservar a saúde física e psíquica do trabalhador, adotando ações e medidas para combater e prevenir doenças ocupacionais ou do trabalho.

O trabalhador adoecido, em regra, tende a se tornar menos produtivo, não ficando imune a algum tipo de discriminação, contudo, a doença que mais discrimina e que é considerada estigmatizante e de isolamento social do trabalhador, pouco importando a sua produtividade, é a AIDS.

Trata-se de um mal que também leva à discriminação, segregação e isolamento do portador do vírus HIV ou da doença de AIDS, notadamente, no ambiente de trabalho, causando o dano ou sofrimento secundário no trabalhador que já padece de um sofrimento contínuo em razão da doença e de sua evolução.

O trabalhador portador do vírus HIV ou doente de AIDS tem seu sofrimento redobrado ou até mesmo fortalecido em razão da discriminação no ambiente de trabalho, afetando a dignidade não apenas enquanto pessoa humana, como também enquanto trabalhador, haja vista que deprecia o ambiente de trabalho, compromete a empregabilidade e até mesmo a qualidade de vida no trabalho, em suma, dificulta ou impede a consecução do trabalho decente e do desenvolvimento sustentável, vilipendiando valores inerentes à personalidade do trabalhador, dentre eles, a dignidade da pessoa humana.

A AIDS, ou seja, a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida através do vírus HIV (Vírus da Imunodeficiência Adquirida-SIDA) danifica o sistema imunológico humano, resultando dos estágios avançados da infecção pelo HIV infecções oportunistas ou neoplasias relacionadas com o HIV.

Desde o seu surgimento, por volta do início da década de 80, a AIDS se tornou uma das grandes causas de discriminação do trabalhador no ambiente de trabalho, e certo que, sem tutela específica, apenas genérica, intensificando, dessa feita, a vulnerabilidade do trabalhador portador da doença, gerando medo de perder o emprego ou de padecer sofrimento no ambiente de trabalho em razão da discriminação, e, em muitos casos, por falta de conhecimento ou informação acerca da doença. Conforme já se asseverou noutra passagem:

É fato público e notório a discriminação sofrida o ambiente de trabalho pelo empregado vitimado pela AIDS, pois há desinformação ou informações desencontradas que atribuem ao afetado o *status* de “grande mal” para o meio social e profissional em que vive, justamente porque há desinformação sobre essa doença que somente é transmissível pelas vias sanguíneas e sexual. (ALKIMIN, 2009, p. 125)

Durante muitos anos, a AIDS/HIV no ambiente de trabalho não era considerada uma forma de discriminação nas relações de trabalho de fácil solução, notadamente diante da ocorrência da rescisão contratual unilateral por parte do empregador.

No Brasil, no âmbito trabalhista, não há norma específica e com tutela jurídica específica de proteção ao trabalhador portador da AIDS/HIV, mas há normas gerais que regulam as repercussões da AIDS/HIV nas relações de trabalho, dentre elas, o art. 3º. e seu inciso IV da CF, que estabelece princípios orientadores da ordem jurídica constitucional e infraconstitucional, como norma aberta que é, estabeleceu como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e “qualquer forma de discriminação”, com vistas à proteção, defesa e promoção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III,CF).

A Lei n. 9029/95 que veda a prática discriminatória no que tange ao acesso ao trabalho e à sua manutenção por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, omitiu a discriminação por doença, inclusive HIV/AIDS, o que gerou grande celeuma nos pretórios trabalhistas a despeito da possibilidade de reintegração do trabalhador portador do vírus HIV ou aidético, demitido unilateralmente pelo empregador, cuja celeuma foi resolvida com a invocação do princípio que se sobrepõe a todas as normas e princípios, qual seja, a dignidade de pessoa e o acesso ao emprego e a sua preservação sem discriminação.

Em 2012 o direito de reintegração do trabalhador portador do vírus HIV ou doente de AIDS deixou de ser questão controvertida e se impôs segurança jurídica com a edição da Súmula 443 do TST, segundo a qual se presume abusiva e discriminatória a demissão do empregado portador de doença grave, dentre elas a AIDS/HIV, garantindo-se-lhe o direito à reintegração.

Na verdade, o direito do trabalhador de não ser discriminado por motivo de AIDS/HIV, é um direito e uma garantia fundamental, que constitui extensão da dignidade da pessoa humana e também o direito de ter a sua privacidade e intimidade resguardada, logo, constitui grave violação ao direito da personalidade do trabalho a discriminação por motivo de AIDS.

No âmbito internacional, a Convenção n. 111 da OIT, que entrou em vigor em 1958, ratificada pelo Brasil em 1965, de conteúdo aberto e genérico, passou a vedar no plano internacional a discriminação no acesso à informação profissional, à admissão no emprego e às condições de trabalho por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, além de “qualquer outra exclusão que tenha por efeito anular ou alterar a igualdade de tratamento no emprego”, comportando, dessa forma, interpretação extensiva para abranger o trabalhador doente, inclusive, portador do HIV/AIDS.

No âmbito internacional, ainda, em termos de proteção específica ao trabalhador portador do HIV ou doente de AIDS, em 1988 foi editada a Declaração Conjunta da OMS/OIT que estabeleceu princípios e medidas de proteção ao trabalhador portador do HIV/AIDS, dentre as medidas protetivas, ficou deliberado: a) proibição de detecção do HIV/AIDS no ato da contratação ou da prévia contratação; b) confidencialidade sobre toda informação médica do trabalhador; c) dispensa de qualquer informação obrigatória por parte do trabalhador sobre a situação do HIV/AIDS; d) proteção ao trabalhador afetado ou suspeito de HIV/AIDS no ambiente de trabalho de toda estigmatização ou discriminação por parte dos colegas, empregador etc.

No Brasil, em termos de proteção específica ao empregado portador de HIV/AIDS, o Conselho Federal de Medicina, em atenção às diretivas da OMS/OIT, editou a Resolução n. 1359/92, que prevê a confidencialidade e privacidade do estado clínico ou de saúde do trabalhador portador de HIV/AIDS, estabelecendo que os médicos da empresa estão proibidos de revelarem ao empregador o diagnóstico do empregado ou candidato ao emprego, somente lhes sendo permitido informar se o empregado está ou não capacitado para o exercício da função almejada; devendo, contudo, informar ao sistema de saúde a existência de moléstia infecto-contagiosa, garantindo o anonimato do paciente.

Importante pontuar que tanto a Declaração conjunta OMS/OIT, como a Resolução n. 1359/92 veda ao médico revelar ao empregador o diagnóstico do empregado ou do candidato ao emprego, sob pena de revelação de segredo profissional, que constitui crime capitulado no art. 154 do Código Penal.

O exame médico, nos termos do artigo 168 da CLT, deve ser realizado tanto no ato da contratação como no ato da saída do emprego, contudo, tais exames estão limitados à verificação da capacidade física e mental do trabalhador.

Emmanuel Teófilo Furtado entende que havendo riscos de contaminação por parte de terceiros, seria legítima a exigência do exame de HIV/AIDS:

Diante da evidência científica do risco de transmissão do HIV no ambiente de labor, imperiosa se torna a proteção de clientes e dos demais empregados, devendo ser adotados critérios que estabeleçam as circunstâncias que impõe a investigação a respeito da condição de portador do vírus HIV de algum empregado ou candidato a emprego, posto que, sendo soropositivo, para aquela atividade específica, por conta do mais expressivo perigo de transmissão, não terá o trabalhador a qualificação exigida para o emprego. (2004, p. 247)

Deve-se ponderar esse posicionamento, haja vista que o teste ou testes devem ser rigorosamente voluntários e livres de qualquer coerção, e os programas de diagnóstico devem respeitar as diretrizes internacionais sobre sigilo, orientação e consentimento. Inclusive, os resultados dos testes de HIV devem ser confidenciais e não prejudicar o acesso

a empregos, a manutenção de empregos, a garantia de emprego e as oportunidades de promoção. (Recomendação n. 200 da OIT). Deve-se, na verdade, empreender medidas educativas e esclarecedoras ao trabalhador ou candidato à vaga no emprego, a fim de assumam a condição de portador do HIV e realizem os testes voluntários. Caso haja submissão ao teste voluntário, certamente esse trabalhador, caso o resultado seja positivo, não poderá ser discriminado, mas adaptado à função compatível com sua situação clínica, não podendo, obviamente, colocar em risco a saúde e integridade de terceiros.

Em 2010 (2 de junho) na Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, em Genebra, foi editada a Recomendação n. 200 sobre “o HIV e a AIDS e o mundo do trabalho”, com o objetivo de tutelar os direitos humanos e fundamentais dos trabalhadores portadores da doença em questão e visando a promoção de ações de prevenção e assistência no local de trabalho, além de estabelecer diretrizes para o enfrentamento do estigma e da discriminação no ambiente laboral, visando a proteção à dignidade humana, liberdades fundamentais, igualdade e personalidade do trabalhador.

O Brasil, visando implementar as diretrizes da Recomendação n. 200 da OIT de 2010 e visando proteger o trabalhador discriminado por motivo de AIDS/HIV, inovou no posicionamento jurisprudencial com a edição da Súmula 443, anteriormente referida, e mais recentemente estabeleceu a tutela penal ao trabalhador vitimado pela discriminação por motivo de HIV/AIDS, não apenas no ambiente laboral, como também educacional, tendo sido editada, em 2/6/2014, a Lei n. 12.984 que “define o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de aids, estabelecendo, dessa forma, tipificação penal e criminalização para a discriminação do aids no ambiente de trabalho.

4. Proteção Jurídica Contra a Discriminação do Trabalhador Portador do Vírus HIV/AIDS

A DUDH, como tratado de direitos humanos que dispõe de normas que buscam tutelar a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade, é o primeiro instrumento de proteção contra a discriminação do trabalhador portador do vírus HIV ou do doente de AIDS. A DUDH universalizou o direito-valor-regra à igualdade dispondo que: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.” (art. 7º.)

A Constituição da República Federativa do Brasil incorporou os direitos humanos disciplinados pela DUDH, inserindo-os na ordem jurídica sob o manto dos direitos e garantias fundamentais e, conseqüentemente, primando pela integralização do Estado Democrático de Direito, estabeleceu princípios gerais e específicos para salvaguarda da

dignidade da pessoa humana, fundamento primário, vedando expressamente a discriminação, dispondo que um dos objetivos fundamentais da República Brasileira para construção de uma sociedade livre, justa e solidária é combater o preconceito e toda forma de discriminação (art. 3º.,IV,CF/88), e continua dispondo no art. 5º. Que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.”

Portanto, a igualdade, tal como a dignidade da pessoa humana, é valor fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo vedada toda e qualquer forma de discriminação que interfira no acesso ou na permanência do trabalhador no mercado de trabalho, seja como empregado ou como prestador de serviços ou, ainda, trabalhador do setor público, sociedade de economia mista etc.

A discriminação do trabalhador portador do vírus do HIV ou do doente de AIDS encontra proteção jurídica não apenas nos princípios que norteiam as relações sociais e trabalhistas e que estão inseridos na ordem jurídica constitucional, como também encontra proteção jurídica no âmbito trabalhista, cível e penal, conforme será abordado adiante.

4.1. *Proteção Trabalhista e Previdenciária*

Na esfera trabalhista, não há lei específica que regule expressamente a discriminação do trabalhador portador do vírus HIV ou doente de AIDS, conforme discorrido, a vedação da discriminação nas relações de trabalho é ampla e genericamente tratada pela CF, pela CLT em algumas hipóteses, dentre elas, relacionadas ao trabalho da mulher, à questão salarial, etc., sendo certo que não há expressa menção ao trabalhador portador de HIV/AIDS.

A discriminação em caso de HIV/AIDS sempre foi tratada à luz do princípio da dignidade humana e da não-discriminação, referidos na CF, e à luz da aplicação extensiva e sistemática da Lei n. 9029/95, que embora vede de forma específica a prática de condutas discriminatórias contra a mulher, admite de forma ampla a sua aplicação em relação a outras hipóteses de discriminação, quais sejam, “por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade” (art. 1º.), portanto, não há que se falar em taxatividade do rol que motiva a discriminação nas relações de trabalho; sendo certo que o legislador disse menos do que pretendia dizer, contudo, o objetivo da lei foi vedar qualquer forma de discriminação, pois deve ser perquirido o fim social e integrativo da norma.

Segundo Rubens Limongi de França, em relação ao trabalho e bem-estar:

(...) além da obrigação social do homem, o trabalho é objeto de um direito inalienável do ser humano, indispensável à auto-realização em todos os setores de sua complexidade. Não pode assim o aidético ser discriminado na admissão e no exercício da atividade produtiva a não ser que, em razão do tipo de trabalho e do estágio da moléstia, não haja possibilidade técnica

de impedir o risco de contágio. Do mesmo modo, não pode a AIDS ser considerada causa jurídica da despedida do empregado. (1990, p. 18/19).

A ausência de regulação da matéria, tendo-se em vista que o empregado portador do vírus HIV ou doente de AIDS não ser contemplado por lei com a garantia provisória no emprego, gerou durante muito tempo divergência na Jurisprudência trabalhista brasileira, haja vista que não era absoluto o entendimento que o fato de ser portador do vírus HIV/doente de AIDS produzida ou não a presunção favorável ao trabalhador no sentido de se tratar de dispensa discriminatória. Nesse sentido, não tendo o empregador o conhecimento prévio ou não tendo o trabalhador prova de que era do conhecimento prévio do empregador, a despedida seria considerada regular, diante do legítimo exercício do direito potestativo do empregador.

Segundo Alice Monteiro de Barros, a Lei 9029/95 não previu expressamente a hipótese “estado de saúde”, caso o fizesse não haveria dificuldade de interpretação e aplicação no caso de HIV/AIDS, contudo, “não se pode aplicar a Lei n. 9029/95 aos portadores do HIV, uma vez que ela contém preceito de natureza penal insuscetível de interpretação analógica e extensiva.”(2001, p. 276)

Independentemente da aplicação ou não da Lei 9029/95 para coibir a discriminação no trabalho por motivo de HIV/AIDS, o tratamento jurídico aplicado à matéria sempre esteve assentado nos princípios basilares da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da não-discriminação, cuja tutela tem fundamento das normas e diretivas internacionais, dentre elas a Convenção n. 111 da OIT que, em linhas gerais, é de conteúdo aberto, pois além de vedar a discriminação em razão de raça, cor, sexo, religião, opinião pública, origem, permite aos países ratificantes incluírem outras formas de vedação da discriminação.

Dessa forma, a corrente que sempre prevaleceu nos tribunais trabalhistas era a da dispensa discriminatória presumida do empregado portador do HIV, quando não comprovado um motivo justificável, prevalecendo assim o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana: “REINTEGRAÇÃO - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS - Não obstante inexistir no ordenamento jurídico lei que garanta a permanência no emprego do portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS, não se pode conceber que o empregador, munido do poder potestativo que lhe é conferido, possa despedir de forma arbitrária e discriminatória o empregado após tomar ciência de que este é portador do vírus HIV - Tal procedimento afronta o princípio fundamental da isonomia insculpido no caput do artigo quinto da Constituição Federal.” (TST, nos ERR nº 205359/1995, Ac. da SBDI 1, Rel. Min. Leonaldo Silva, in DJU de 14.05.1999, p. 43).

Buscando pacificar e estabelecer segurança jurídica, em 2012 o TST (Tribunal Superior do Trabalho) editou a Súmula 443 e buscou estabelecer uma segurança jurídica em relação da questão que envolve a demissão sem justa causa do empregado portador do vírus HIV ou doente de AIDS., estabelecendo a presunção em favor do trabalhador

diante da dispensa por HIV/AIDS. Ressalta-se, entretanto, que essa Súmula tem natureza ampla, pois veda a dispensa discriminatória do empregado portador de doença grave, por estigma ou preconceito, admitindo-se a presunção da discriminação e garantindo o direito à reintegração do empregado.

Em relação à tipologia da discriminação do trabalhador por motivo de HIV/AIDS, deve-se analisar suas multifaces, ou seja:

a) No curso do contrato de trabalho: com rescisão contratual

Considerando que a Súmula 443 não tem o condão de disciplinar a forma da reintegração e os direitos decorrentes dessa reintegração, urge suprir a lacuna com o artigo 4º. Da lei n. 9029/95, cujo artigo dispõe que o rompimento do contrato por motivo discriminatório, faculta ao empregado optar: I- pela readmissão com ressarcimento integral de todo o período do afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas de juros legais; II- a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Portanto, ocorrendo a rescisão do contrato de trabalho do empregado portador do vírus HIV ou doente de AIDS a presunção – *juris tantum*, pois admite-se prova em contrário- é de que houve a motivação discriminatória, podendo o empregado pleitear a reintegração ou readmissão com pagamento de todos os direitos atinentes ao período de afastamento ou o recebimento em dobro da remuneração ao período do afastamento corrigida por correção monetária e juros.

b) No curso do contrato de trabalho: sem rescisão contratual

Nesse caso, a conduta discriminatória em relação ao trabalhador por motivo de HIV/AIDS viola a personalidade e a dignidade do trabalhador, tanto no aspecto pessoal como profissional, engendrando o assédio moral discriminatório, e, conseqüentemente violação do dever de respeito e consideração à pessoa do empregado.

Diante da violação dos deveres contratuais por parte do empregador ou de preposto seu a tutela jurídica trabalhista é a rescisão indireta do contrato de trabalho, donde decorrerá a indenização trabalhista, sem prejuízo da indenização de natureza civil; outrossim, sem prejuízo da aplicação da recente Lei 12.984/2014 que criminaliza a conduta discriminatória no ambiente de trabalho ou em relação ao trabalho.

Além disso, caberá a demissão por justa causa do preposto do empregador autor da conduta discriminatória e violadora da cláusula geral do dever de respeito e consideração ao próximo.

c) Fases pré e pós- contratual

Na fase pré-contratual a discriminação pode ocorrer quando o trabalhador portador do HIV ou doente de AIDS estiver no momento da entrevista, almejando vaga no emprego oferecido. Nesse caso, é vedada a invasão à intimidade e privacidade do empregado

condicionando a admissão à vaga no caso de informações ou testes relacionados ao estado de saúde do candidato à vaga.

Nesse sentido, Emmanuel Teófilo Furtado, referindo-se à Declaração da OMS/OIT anteriormente referida, afirma que “ não se deve exigir a investigação do HIV/AIDS no ato da contratação do trabalhador, como etapa do processo seletivo, nem mesmo tendo o trabalhador obrigação de informar a respeito de sua situação relacionada com o HIV/AIDS.” (2004, p. 239/240)

Nessa fase, considerando que não há formalização da relação de trabalho propriamente dita, não há que se falar em rescisão e indenização trabalhista, todavia, há consumação do dano moral e até mesmo material, em razão da perda da chance e quebra de expectativa de empregabilidade, o que não apenas intensifica o sofrimento moral, como também frustra a empregabilidade, gerando dano “in concreto”.

No mesmo diapasão é a discriminação por motivo de HIV/AIDS após a rescisão contratual, através da divulgação ou propagação do estado de saúde do empregado portador do vírus HIV ou doente de AIDS, cabendo indenização na órbita do direito civil, com base na violação dos direitos da personalidade e da dignidade humana.

No âmbito previdenciário a primeira proteção surgiu com a Lei n. 7.670 de 1988, que concedida ao empregado doente e filiado ao RGPS a garantia de recebimento do auxílio-doença (comum) e a aposentadoria, além de garantir aludida Lei o direito do empregado de efetuar o saque dos valores depositados na conta vinculado do FGTS, cuja benefício também foi regulado pela Lei n. 8036/90.

Outrossim, o trabalhador portador do HIV/AIDS também tem assegurado o direito de receber tratamento médico, readaptação profissional, remédios (coquetéis etc.). Na Lei 8213/91, regulamentada pelo Decreto n. 3048/99 consta que independe de carência a concessão de auxílio-doença e aposentadoria no caso de o segurado estar acometido de AIDS (artigos 25, 151 da Lei n. 8213/91 e art. 30, III e 186, Dec. 3048/99).

Independentemente do caráter contributivo, o portador do vírus HIV e doente de AIDS também poderá pleitear o benefício social, denominado, LOAS (Lei n. 8.742/93, Lei Orgânica da Assistência Social) uma vez comprovada a carência e os requisitos da lei em referência, garantindo-lhe o piso de um salário mínimo nacional.

A lei do FGTS, Lei n. 8036/90, em seu artigo 20, XIII, estabelece que o trabalhador portador do vírus HIV, ou até mesmo se a doença acometer um de seus dependentes, tem direito de levantar os valores do FGTS depositados em conta vinculada, cujo levantamento abrange o saldo de todas as contas pertencentes ao trabalhador.

4.2. *Proteção Cível*

O trabalhador portador do vírus HIV ou doente de AIDS que sofre a discriminação, tanto na fase pré-contratual, como durante a execução do contrato de trabalho e após a

extinção do contrato de trabalho, ou até mesmo sofre violação ao direito de privacidade e confidencialidade em relação ao seu estado de saúde, diante de eventual divulgação ou propagação do estado clínico ou resultado de exame, tem seus direitos da personalidade e a sua dignidade violados pelo empregador ou por preposto do empregador.

Não pairam dúvidas de que a conduta discriminatória dirigida contra o trabalhador acometido pela AIDS/HIV configura-se conduta contrária ao “dever preexistente” (PEREIRA, 2000, p. 50) de respeito à personalidade e dignidade de outrem, e, conseqüentemente, invade a seara do ato ilícito, ou seja, uma conduta (comissiva ou omissiva) praticada de forma voluntária e que viola a ordem jurídica posta, gerando o dano moral e/ou material, cuja relação entre conduta e dano estão embasadas pelo nexo de causalidade, formando-se o tripé da responsabilidade civil: conduta-dano-nexo causal.

De acordo com o Código Civil, o ato ilícito se caracteriza como ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que viole direito e cause dano a outrem, ainda que exclusivamente moral (art. 186), cuja prática de ato ilícito gera o dever de reparação (art. 927, CC).

Quando a conduta discriminatória por motivo de HIV/AIDS partir do empregador ou pretenso empregador, este responderá diretamente pela prática do ato ilícito, contudo, se a conduta discriminatória for praticada por preposto seu, a responsabilidade do empregador será objetiva, ou seja, o empregador ressarcirá o prejuízo moral/material da vítima da discriminação (art. 932, III, CC), podendo o empregador se valer da ação regressiva contra o agente causador do dano (art. 934, CC).

4.3. Proteção Penal à Luz da Lei n. 12.984 de 2/6/2014, que Criminaliza a Discriminação dos Portadores do Vírus HIV e doentes de AIDS

A Lei n. 12984 que pune a discriminação do portador do vírus HIV ou doente de AIDS, tem dupla finalidade: a primeira regulamentar o art. 5º., XLI da CF/88, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, e, dessa, forma busca criminalizar para atender a finalidade primordial que é, justamente, promover a inserção efetiva de soropositivos no ambiente escolar e do trabalho, podendo-se asseverar, inclusive, que no âmbito das relações de trabalho, em razão de seu viés penal está agregada ao Código Penal para combater os crimes contra a organização do trabalho. A segunda finalidade é implementar as formas de proteção ao empregado portador do vírus HIV e doente de AIDS, grupo de minoria que merece proteção especial, conforme diretrizes traçadas pela Recomendação 200 da OIT (2010), no combate à discriminação e promoção da igualdade de oportunidade e de tratamento do portador do HIV e doente de AIDS.

A Lei em comento, também retrata a efetivação do compromisso do governo brasileiro assumido diante da ratificação da Convenção sobre a Discriminação no Emprego e na Ocupação (1958), baseando-se nos ditames dessa Convenção para prevenir e punir discriminação de trabalhador em condição real ou presumida de infecção de HIV.

A tutela penal com reflexos no meio ambiente laboral, visa, na verdade, conservar, preservar e prevenir a garantia dos direitos humanos, das liberdades fundamentais e igualdade de gênero como princípios e valores que são inerentes às relações de trabalho e proporcionam condições decentes de trabalho, tutelando a dignidade da pessoa humana.

Essa lei anti-discriminatória pune com reclusão de 1 a 4 anos, e multa, as condutas discriminatórias contra o portador do HIV e o doente de AIDS, em razão da sua condição de portador ou de doente, tem como âmbito de aplicação a conduta discriminatória praticada em relação ao empregado no ambiente de trabalho ou ao pretense candidato à ocupação de emprego ou trabalho, abrangendo também o trabalhador do setor público, assim como é punida a conduta discriminatória dirigida contra aluno em creche ou estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado. (art. 1º.)

Ipsis litteris, dispõe a Lei n. 12.984/2014:

Art. 1º Constitui crime punível com reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, as seguintes condutas discriminatórias contra o portador do HIV e o doente de aids, em razão da sua condição de portador ou de doente:

I - recusar, procrastinar, cancelar ou segregar a inscrição ou impedir que permaneça como aluno em creche ou estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado;

II - negar emprego ou trabalho;

III - exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego;

IV - segregar no ambiente de trabalho ou escolar;

V - divulgar a condição do portador do HIV ou de doente de aids, com intuito de ofender-lhe a dignidade;

VI - recusar ou retardar atendimento de saúde.

No presente artigo, buscar-se-á o enfoque e reflexos trabalhista da referida Lei anti-discriminatória, ou seja, a negativa de emprego ou trabalho, a exoneração ou demissão do cargo ou do emprego, a segregação no ambiente de trabalho do portador do vírus HIV ou doente de AIDS, bem como a divulgação da condição de portador do vírus HIV ou doente de AIDS, com finalidade de ofender a dignidade do trabalhador, conforme disposto no art. 1º., incisos II, III, IV e V, da Lei n. 12.984/2014.

Importante se faz adotar uma interpretação literal e sistemática aos incisos acima referidos, a fim de se estabelecer o âmbito de aplicação da lei nas relações de trabalho, o bem jurídico ofendido e os sujeitos envolvidos/afetados pela conduta discriminatória.

4.3.1. Âmbito de Aplicação

Ao dispor o legislador no art. 1º, inciso I da Lei n. 12.984/2014 que caracteriza crime a conduta discriminatória contra o portador do HIV e o doente de AIDS, quando “negar emprego ou trabalho”, certamente buscou abranger tanto a relação de emprego que se caracteriza, nos termos dos artigos 3º. e 2º. da CLT, como sendo a prestação de serviços de forma pessoal e continuada, subordinada e mediante recebimento de salário, abrangendo assim o empregado urbano, rural, doméstico, terceirizado, como também a relação de trabalho, que significa a prestação pessoal de serviços em troca de uma contraprestação financeira, abrangendo o autônomo, estagiário, voluntário, cooperado etc.

De acordo com o artigo 114 da CF (alterado pela EC n. 45/2004), a relação de trabalho é o fator de determinação da competência da Justiça do Trabalho, cuja relação de trabalho exclui a prestação de serviços consideradas como relações de consumo nos termos do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90), conforme posicionamento pacificado pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça) através da Súmula 363.

De acordo com essa linha de raciocínio, todo e qualquer trabalhador que estiver inserido na organização produtiva e do trabalho que venha a ser vitimado pela discriminação em razão de portar o vírus HIV ou possuir o estado real ou presumido de doente de AIDS, estará protegido pela criminalização da conduta discriminatória. Outrossim, importante asseverar que, na fase do pré-contrato ou na promessa de contratação, através de entrevistas, inclusive, havendo a discriminação em relação ao portador do HIV ou doente de AIDS, também incidirá a aplicação da Lei n. 12.984/2014, pois o tipo penal descreve a conduta omissiva “negar emprego ou trabalho”, e certo que em razão da discriminação.

Portanto, estagiário, voluntário, temporário, avulso, cooperado, etc que vier a ser vitimado pela conduta discriminatória no ambiente em que está prestando seu labor, ou seja, entregando sua força de trabalho em troca de uma contraprestação, estará protegido pela Lei n. 12.984/2014, ou seja, poderá invocar a tutela jurídica de natureza cível e penal.

A aplicação da tutela penal através da Lei n. 12984/2014 aos trabalhadores de forma geral e não apenas ao empregado- este sendo o trabalhador em sentido restrito-, está em sintonia com a Recomendação n. 200 da OIT que dispõe sobre a proteção contra a discriminação no trabalho do trabalhador ou candidato a emprego portador do vírus HIV ou doente de AIDS.

Quanto ao âmbito de aplicação, ainda, vislumbra-se que a Lei n. 12.984/2014, aplica-se tanto no âmbito privado como no âmbito público, pois tendo o legislador penalista disposto que constitui crime punível com reclusão a conduta discriminatória praticada contra o portador do HIV ou doente de AIDS, quando “exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego” (art. 1º, inciso III), conduz o intérprete e aplicador à conclusão de que tanto o empregador da iniciativa privada, como o ente público que admitir empregado

público regido pela CLT ou admitir servidor ou funcionário público regido por estatuto próprio (regime jurídico único ou estatuto do funcionalismo público), estará sujeito ao âmbito de aplicação da Lei penal em referência.

Terminologicamente considerando, o empregador da iniciativa privada empregada e demite do emprego, ao passo que o Poder Público, através da administração pública direta, indireta, autárquica, fundacional ou sociedade de economia mista, demite o empregado quando o admite sob o regime celetista, contudo, exonera do cargo ou função quando admite o trabalhador (servidor/funcionário público) mediante regime jurídico único ou estatuto do funcionalismo público.

4.3.2. Bem Jurídico Ofendido

A discriminação do trabalhador por motivo de portar o vírus HIV ou de se encontrar no estado real ou presumido de AIDS, ofende bem jurídico inerente à dignidade humana, gerando desigualdade e exclusão, conseqüentemente, ofende a dignidade da pessoa humana, tanto enquanto trabalhador, como cidadão no exercício dos direitos sociais, civis e políticos. A dignidade da pessoa humana impõe ao Estado e ao particular o respeito aos direitos humanos, liberdades fundamentais e aos direitos da personalidade do cidadão, em qualquer estado ou condição em que se encontre.

Pode-se afirmar que a igualdade de tratamento e de oportunidade no emprego ou no trabalho é o bem jurídico que em primeira ordem é violado, além de irradiar essa violação a violação a outros bens jurídicos, como a personalidade e dignidade do trabalhador.

Na verdade, todos os trabalhadores têm direito e garantia fundamental à igualdade de tratamento e de oportunidades no que se refere ao emprego, trabalho, formação e promoção profissionais, bem como às condições de trabalho, sendo certo que o tomador dos serviços do empregado/trabalhador ou do servidor/funcionário público não poderá praticar qualquer discriminação direta ou indireta por motivo de o candidato ou trabalhador ser portador do vírus HIV ou doente de AIDS,

Ao dispor o legislador penal no inciso V do art. 1º. da Lei 12.984 que constitui crime de discriminação “divulgar a condição do portador do HIV ou de doente de aids, com intuito de ofender-lhe a dignidade”, certamente buscou preservar e tutelar o direito à intimidade do trabalhador ou do candidato ao trabalho, cujo direito à reserva da intimidade e da vida privada do trabalhador abrange tanto o acesso como a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal do trabalhador, como é o caso do estado clínico ou de saúde.

O direito à intimidade é uma extensão do direito da personalidade, e, segundo Goffredo Telles Junior (2001, p. 297) a personalidade corresponde ao conjunto de

características ou caracteres inerente a cada indivíduo, que o distingue de seus semelhantes e que permitem em primeiro lugar o seu reconhecimento como pessoa e depois “como uma certa e determinada pessoa”.

Nesse sentido, o direito à intimidade do trabalhador é indisponível, impõe ao empregador o dever de observância e respeito, devendo de se abster em praticar conduta omissiva ou comissiva que viole esse direito e garantia fundamental ligado à personalidade, e, como tal, correspondente à extensão da dignidade humana do trabalhador.

4.3.3. Condutas Discriminatórias Descritas pela Lei n. 12.984/2014

Conforme redação dada pelo legislador penal ao artigo 1º., incisos II, III, IV e V da Lei n. 12.984/2014, a criminalização da conduta discriminatória se aplica tanto à conduta omissa, como comissiva, desde que visem discriminar e impedir o acesso igualitário ao emprego ou trabalho, ou discriminar para excluir, segregar ou denegrir o trabalhador portador do vírus HIV ou doente de AIDS.

a) Negativa de emprego ou trabalho (art. 1º., inciso II)

O inciso II do art. 1º. da Lei n. 12.984 prevê uma conduta criminosa omissiva “negar emprego ou trabalho.” Essa conduta omissiva, via de regra, ocorre na fase pré-contratual, ou seja, na fase da entrevista, informações prestadas por terceiros etc., contudo, deve-se asseverar que a fase pré-contratual produz efeitos jurídicos, haja vista que cria expectativa de direito, inibindo o acesso à oportunidade de emprego ou trabalho, diante da discriminação.

A negação em oferecer emprego ou trabalho equivale à discriminação do trabalhador portador do vírus HIV ou doente de AIDS no ato da contratação ou da entrevista para admissão no emprego ou no trabalho, haja vista, conforme ressaltado em outra passagem, a referida Lei se aplica à relação de trabalho em sentido amplo (estagiário, voluntário, avulso, cooperado etc).

Na verdade, nenhum trabalhador ou candidato a emprego ou trabalho pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado ou privado do direito de acesso ao emprego e à liberdade de trabalho por motivo de discriminação em razão do estado clínico ou de saúde.

Nesse sentido, todos os trabalhadores tem igualdade de direito no que se refere ao acesso ao empregado e ao mercado de trabalho, com igualdade de oportunidade e de tratamento, cuja igualdade de acesso abrange a igualdade de formação e promoção profissionais, além da igualdade das condições de trabalho.

De acordo com a Recomendação n. 200 da OIT: “A condição real ou presumida de infecção por HIV não deve ser motivo de discriminação, impedindo a contratação, a

permanência no emprego ou a busca de iguais oportunidades em consonância com os dispositivos da Convenção sobre a Discriminação no Emprego e na Profissão, 1958.”

O empregador ou pretensu tomador dos serviços do trabalhador deve respeitar a intimidade do empregado ou do trabalhador (abrangendo servidor ou funcionário público) e não deve exigir do trabalhador ou candidato ao emprego informações relativas ao seu estado de saúde, salvo quando particulares exigências ligadas ao exercício da função exigir essas informações, cuja necessidade deverá ser manifestada por escrito e fundamentada, devendo as informações acerca do estado de saúde serem prestadas ao médico que só poderá comunicar ao empregador se o trabalhador está apto ou inapto para o trabalho, salvo autorização escrita pelo trabalhador, o médico justificará a inaptidão.

Outra questão intimamente relacionada à admissão no emprego ou no trabalho é a exigência de teste e exames médicos como condição para contratação e demissão do trabalhador. Nos termos da Recomendação n. 200 da OIT, os trabalhadores que “buscam emprego e os candidatos a emprego, não devem ser obrigados a submeter-se a testes ou a outras formas de controle de HIV.” Essa Recomendação também ressalta que “os testes devem ser rigorosamente voluntários e livres de qualquer coerção, e os programas de diagnóstico devem respeitar as diretrizes internacionais sobre sigilo, orientação e consentimento.”

A bem da verdade, tanto na iniciativa privada como na contratação por ente público, não se pode exigir, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, conforme anteriormente asseverado, salvo aqueles testes ou exames quando particulares exigências inerentes à função a ser exercida o exigir, devendo a solicitação ao trabalhador ou ao candidato ser formalizada e fundamentada; tratando-se, nesse caso, de discriminação positiva.

b) Exoneração ou demissão do cargo ou emprego (Artigo 1º., inciso III)

Trata-se de uma conduta comissiva “exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego” (art. 1º. Inciso III) o empregado ou trabalhador (abrangendo o servidor/funcionário público) em razão de ser portador do vírus HIV ou doente de AIDS.

A igualdade tratamento de tratamento e a não-discriminação, para efeito de aplicação da Lei penal em comento, refere-se não apenas ao acesso ao emprego ou trabalho, como também há criminalização da conduta discriminatória que gera a eliminação do trabalhador da organização do trabalho, gerando o desemprego por motivo de discriminação.

Obviamente o empregador tem o direito potestativo de demitir seu empregado, sem necessidade de exteriorizar as motivações, arcando com o pagamento das verbas rescisórias e indenizatórias pertinentes à rescisão sem justa causa. Contudo, se dissimular a rescisão

sem justa causa com a clara intenção de rescindir o contrato de trabalho por motivo de discriminação, ou seja, com o dolo de praticar a conduta descrita no tipo penal, cometerá o ilícito penal previsto no art. 1º, inciso III da Lei n. 12.984/2014. O direito de extinguir unilateralmente o contrato de trabalho deve ser revestido de ilicitude e respeito à dignidade humana.

Quando a lei se refere a “exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego”, entende-se sua aplicabilidade também no âmbito da administração pública. Em termos conceituais, cargo público é o lugar dentro da organização funcional da administração pública que, ocupado por servidor público tem funções específicas e remuneração fixadas em lei (CARVALHO FILHO, 2009, p. 463).

É interessante observar que na administração pública as situações de mescla de regimes jurídicos estatutário e trabalhista são comuns. O regime diz-se “Estatutário”, quando as regras que regulam as relações funcionais dos servidores estão previstas na lei denominada Estatuto, que, no caso da União, é a Lei 8.112/90¹. É nesta lei que, no artigo 2º define que servidor público é a pessoa legalmente investida em cargo público, aquele que tradicionalmente foi denominado “funcionário público”. Já no regime trabalhista, as normas que regulam a relação jurídica entre o servidor e o Estado se encontram na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Há assim uma pluralidade normativa, já que cada ente da federação tem sua própria lei, cada qual adotando um específico ou os dois regimes simultaneamente, denotando autonomia de cada pessoa federativa de um em relação aos demais (União, Estado, Distrito Federal, Municípios). Por essa razão, Di Pietro (2010, p. 519) comenta que diante da contratação de servidores sob o regime da legislação trabalhista, a expressão “emprego público” passou a ser utilizada paralelamente a “cargo público”, ambos para designar uma unidade de atribuições, distinguindo-se uma da outra pelo tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado: o ocupante do “emprego público” em um vínculo contratual, sob a regência da CLT; enquanto o ocupante de “cargo público” tem vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários.

Do mesmo modo, os termos demissão e exoneração são institutos que também provocam confusão em seu emprego técnico, já que ambos se identificam com atos de extinção de vínculos. Porém, necessário distingui-los, pois “demissão” é ato de caráter punitivo, representando uma penalidade aplicada ao servidor em razão de uma infração funcional grave; já a “exoneração” é a dispensa do servidor por interesse dele próprio ou da administração, não havendo qualquer conotação de sentido punitivo (CARVALHO FILHO, 2009, p. 497).

No que tange à proibição de demissão ou exoneração do trabalhador portador do vírus HIV ou doente de AIDS, dispõe a Recomendação n. 200 da OIT:

1 Texto da Lei 8.112/90 está disponível em www.planalto.gov.br Acesso em 15.maio.2015.

Condição real ou presumida de infecção por HIV não deve ser causa de término de relação de trabalho. Ausência temporária ao trabalho pela necessidade de prestar assistência a terceiros ou por motivo de enfermidade, relacionados com o HIV ou a Aids, deve ser tratada da mesma forma que as ausências por outras razões de saúde, levando em conta a Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, 1982. Pessoas com doenças relacionadas ao HIV não devem ser proibidas de continuar realizando seu trabalho, com adaptação razoável se necessário, pelo tempo em que a medicina as considere aptas para fazê-lo. Medidas para recolocar essas pessoas em trabalho razoavelmente adaptado a sua capacidade, para encontrar-lhes outro trabalho por meio de programa de formação ou para facilitar-lhes o retorno ao trabalho devem ser encorajadas, levando em conta os instrumentos pertinentes da Organização Internacional do Trabalho e das Nações Unidas.

No Brasil, o TST adotou a Súmula 443, anteriormente referida, para vedar, expressamente a demissão discriminatório do empregado portador do vírus HIV ou doente de AIDS, cuja Súmula referida, é mais abrangente, pois estabelece a garantia no empregado dos empregados acometidos de doença grave, dentre elas, enquadra-se a AIDS/HIV.

c) Segregação no ambiente de trabalho (art. 1º., inciso IV)

Ao tipificar como crime punível com reclusão de 1 a 4 anos a segregação do trabalhador no ambiente de trabalho por motivo de portar o vírus HIV ou encontrar-se doente de AIDS, o legislador buscou proteger o trabalhador no meio ambiente do trabalho, que lhe deve proporcionar respeito e consideração aos seus atributos pessoais, além de condições físicas e psíquicas para o pleno exercício da liberdade de trabalho e com igualdade de tratamento e de acesso às oportunidades de formação, qualificação e promoção profissional, imune às agressões psíquicas, como é o caso da discriminação por motivo de portar vírus HIV ou doença de AIDS.

Constitui assédio discriminatório dirigido a candidato a emprego ou trabalho ou a trabalhador com objetivo de atentar contra a dignidade do trabalhador ou mesmo criar um ambiente hostil, intimidativo, humilhante, desestabilizador ou degradante.

A Recomendação n. 200 da OIT, dispõe que “ o empregador ou ente público tem o dever positivo de promover ações no sentido de prevenir e proibir violência e assédio no local de trabalho. Nesse sentido, é elementar a informação e educação no ambiente de trabalho para se manter um clima de confiança e respeito, evitando a estigmatização do trabalhador.

Quanto ao assédio discriminatório por motivo de HIV ou AIDS, fere o fundamental direito do trabalhador ao respeito à sua dignidade e direitos da personalidade, cujo direito de não ser discriminado visa protegê-lo no sentido de lhe garantir acesso ou manutenção no emprego. (ALKIMIN, 2013, p. 75)

A segregação ou estigmatização do trabalhador portador do HIV ou doente de AIDS, gera a exclusão do mesmo da organização do trabalho, deprecia a imagem, fere a autoestima do trabalhador, cuja segregação pode partir do empregador, superior hierárquico ou do colega de trabalho, degradando as condições de trabalho e impedindo um meio ambiente do trabalho sadio e equilibrado para o crescimento pessoal e convívio profissional e social com harmonia e de respeito e consideração ao próximo.

Em termos práticos a segregação do trabalhador portador do HIV ou doente de AIDS pode partir do empregador, tomador dos serviços contratos, dirigente do órgão público contratante da mão de obra, e, deve-se ressaltar, que a segregação também pode partir do colega de trabalho ou de qualquer outro sujeito que acompanha a organização do trabalho.

Além disso, a segregação pode se materializar através das seguintes condutas comissivas ou omissivas: atribuição de tarefas ou atividades incompatíveis com a saúde ou condição física do trabalhador; atitudes que impeçam ou dificultem o acesso à promoção ou formação profissional; desvio de função; isolamento noutra local de trabalho; recusa de comunicação e impedimento de manifestação por parte do trabalhador vitimado pela discriminação etc.

d) Divulgação da condição de portador de HIV ou de doente de AIDS (art. 1º., inciso V)

O inciso V do art. 1º. da Lei n. 12.984/2014 também criminaliza a conduta comissiva que implique em divulgação da condição do empregado/trabalhador de portador do vírus HIV ou de doente de AIDS, cuja conduta caracteriza o “animus offendendi”, ferindo a intimidade do trabalhador-vítima do delito- caracterizando ofensa à privacidade do trabalhador e sigilo que deve existir acerca da doença.

A confidencialidade acerca do estado clínico do trabalhador portador do vírus HIV ou doente de AIDS é um dado relativo à esfera da intimidade do trabalhador e que deve ser respeitada pelo empregador, tomador dos serviços ou ente público contratante, inclusive, o sigilo em relação a qualquer informação médica sobre a situação pessoal ou quadro clínico do portador do vírus HIV ou doente de AIDS.

Inclusive a necessidade de confidencialidade motivou o Conselho Federal de Medicina do Brasil a editar a Resolução n. 1359/92 a qual veda os médicos que prestam serviços a empresas de revelarem ao empregador o diagnóstico do empregado ou candidato a emprego, devendo atestar apenas a capacidade de exercer ou não determinada função (art. 3º, Resolução 1359/1992). Contudo, segundo a mesma Resolução, tratando-se de moléstia infecto-contagiosa, o médico deve comunicar à saúde pública, garantindo-se o anonimato, sob pena de incorrer no delito descrito pelo art. 269 do Código Penal.

Nesse sentido a Recomendação n. 200 da OIT também prima pela privacidade e sigilo nos casos do candidato, empregado ou trabalhador portador do vírus HIV ou doente de AIDS, determinando que se deve assegurar o efetivo sigilo dos dados pessoais e informações pessoais, inclusive de caráter médico. E no caso de resultados dos testes de HIV, os mesmos devem ser confidenciais, justamente para não prejudicar o acesso a emprego, a manutenção, a garantia de emprego e as oportunidades de promoção.

4.3.4. Sujeitos: Ativo e Passivo

De acordo com a Lei penal que criminaliza a discriminação do trabalhador portador do vírus HIV ou doente de AIDS, sujeito ativo da conduta discriminatória capitulada no artigo 1º. e incisos da Lei n. 12.984/2014 será:

- a) o empregador quando em curso a relação de emprego, o pretense empregador ou tomador de serviços no caso de conduta praticada contra o candidato ao emprego ou ao trabalho;
- b) o tomador dos serviços no caso da relação de trabalho em sentido amplo, abrangendo o trabalhador avulso, cooperado etc;
- c) a unidade concedente na pessoa de seu responsável no caso do contrato de estágio;
- d) a administração pública, na pessoa de seu dirigente, no caso de servidor ou funcionário público, que eventualmente seja vítima da conduta discriminatória, incidindo o administrador no tipo penal em comento; e
- e) o colega de trabalho ou qualquer outra pessoa que esteja integrada na organização do trabalho.

Portanto, a discriminação do empregado por motivo de portar HIV ou em estado real ou presumido da doença de AIDS, equivale a conduta, ato e comportamento hostil, degradante, humilhante que contamina o meio ambiente do trabalho, cuja conduta pode partir tanto do empregador ou tomador dos serviços, como também de um colega de trabalho ou qualquer outro preposto do empregador.

Na verdade, a prática do ato discriminatório por motivo de HIV/AIDS, seja por parte do empregador, superior hierárquico, tomador dos serviços etc, constitui descumprimento contratual e do dever geral de consideração ao próximo e respeito à dignidade da pessoa humana, logo, impõe a todos o dever de abstenção de qualquer prática discriminatória. Nesse sentido Américo Pla Rodrigues “(...) el cumplimiento de esta obligación, que se descompone en tantas prohibiciones y deberes positivos, no incumbe solo al empleador sino a todas las personas que lo representan”. (RODRIGUES, 1978, p. 168, apud ALKIMIN, 2013)

A conduta discriminatória por motivo de HIV/AIDS é uma conduta ilícita, portanto, contrária ao ordenamento jurídico ou ao dever preexistente e que erradica efeitos jurídicos no âmbito trabalhista, civil e penal. Conforme descrição do tipo penal em referência, a conduta discriminatória tem como elemento subjetivo o dolo direto ou o dolo indireto.

O dolo direto significa a intenção deliberada de discriminar e negar emprego ou trabalho, de excluir da organização do trabalho, de segregar da organização do trabalho ou, ainda, de divulgar a condição do trabalhador de portador do vírus HIV ou da doença de AIDS. Já o dolo eventual abrange a consciência e previsibilidade do agente em relação ao resultado danoso que sua conduta discriminatória produzirá, assumindo o sujeito ativo os riscos da sua conduta. Portanto, em ambos os dolos o agente tem consciência da antijuricidade da conduta.

O sujeito passivo da discriminação por motivo de HIV/AIDS, ou seja, a vítima da conduta discriminatória que ridiculariza, hostiliza, denigre e ofende a identidade, personalidade e dignidade do trabalhador, conforme descrição do tipo penal, será o empregado, o trabalhador (estagiário, cooperado, avulso etc), o servidor público ou funcionário público portador do vírus HIV ou doente de AIDS; bem como o candidato ao emprego ou ao trabalho.

Conforme descrição do tipo penal contido na Lei n. 12.984, a vítima ou o sujeito passivo da conduta discriminatória por motivo de HIV/AIDS receberá a tutela penal, nas hipóteses em que os sujeitos ativos acima referidos praticar ou praticarem conduta que implique:

- a) negativa de ofertar emprego ou trabalho;
- b) exoneração do cargo;
- c) demissão do emprego;
- d) segregação no ambiente de trabalho; e
- e) divulgação da condição de portador do vírus HIV ou da doença de AIDS.

5. Conclusões

No Brasil, no âmbito trabalhista, não há norma específica que proteja o trabalhador portador de AIDS/HIV. A lei ora analisada representa indiscutivelmente, um avanço na legislação brasileira, embora a vedação às práticas discriminatórias já estivesse prevista desde 1995, pela Lei 9.029, pois posiciona o Brasil contra a discriminação aos portadores de AIDS/HIV, punindo com multa e prisão, qualquer ato discriminatório seja de forma direta ou indireta.

É sabido que qualquer atitude de discriminação em atividade laborativa é atentatório à dignidade, que nos portadores de AIDS/HIV torna-se duplamente atingido, não só enquanto trabalhador, como também enquanto pessoa humana. A discriminação e o preconceito sempre acompanharam as pessoas infectadas, desde a descoberta do vírus, e ainda hoje são presenciadas muitas e diversas formas de negação de direitos aos portadores do HIV.

Cediço também que a simples edição de uma legislação específica não provocará de imediato a eliminação de atitudes discriminatórias e preconceituosas contra os portadores da doença, necessitando, obviamente de maior visibilidade da lei.

O desafio agora é tornar a lei visível e efetiva para assegurar o respeito aos cidadãos trabalhadores na defesa do mais preciso dos valores humanos: a dignidade de sua vida, concretizando o objetivo constitucional na construção de uma sociedade mais livre, justa, solidária, sem preconceitos ou discriminação na formação do bem de todos.

6. Referências

- ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio Moral na Relação de Trabalho**. 3. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2013.
- _____. **Violência na Relação de Trabalho e a Proteção à Personalidade do Trabalhador**. Curitiba: Juruá, 2009.
- BARROS, Alice Monteiro de. **AIDS no local de trabalho: um enfoque de direito internacional e comparado**. In Revista Ltr. Vol. 65, março, n. 03, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova Ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. Lei n. 12.984, de 2 de junho de 2014. **Define o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de AIDS**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12984.htm. Acesso em: 03 abr 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm. Acesso em: 10 maio 2015.
- BRASIL. Lei n. 8112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 15 maio 2015.
- BRASIL. Lei n. 9029 de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestado de gravidez e de esterilização e outras práticas discriminatórias, para efeitos de admissão e permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Acesso 5 maio 2015.

- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Discriminação no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.
- COMAPARTO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed, rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria a Constituição**. 7. ed. Almedina: Portugal, 2010.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2010.
- FURTADO, Emmanuel Teófilo. **Preconceito no trabalho e a discriminação por idade**. São Paulo: LTr, 2004.
- FRANÇA, Rubens Limongi de. **Aspectos jurídicos da AIDS**. In Revista dos Tribunais. Vol. 661.
- JAKUTIS, Paulo. **Manual de estudo da discriminação no trabalho: estudos sobre discriminação, assédio moral**. São Paulo: LTr, 2006.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos Fundamentais Trabalhistas**. São Paulo: Atlas, 2008.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 111, 1958. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/472>. Acesso em: 10 maio 2015.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Recomendação n. 200. CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 99., 2010, Genebra. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/277>. Acesso em 05 maio 2015.
- PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Vol 1. 19ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.
- RODRIGUES, Américo Pla. **Curso de Derecho Laboral**. Montevideo: Acali, 1978.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. 4ª. ed. ver. e atual., São Paulo: Saraiva: 2008.