



**REVISTA  
DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
DO TRABALHO  
FUNDADA EM 1991**

**ANPT**

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO





COMISSÃO EDITORIAL

Eduardo Varandas Araruna

Juliana Vignoli Cordeiro

Ludmila Reis Brito Lopes





**MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO  
MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO**

**REVISTA  
DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
DO TRABALHO**

EDITADA PELA LTr EDITORA, EM CONVÊNIO  
COM A PROCURADORIA-GERAL DO TRABALHO  
E COM A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS  
PROCURADORES DO TRABALHO

OS ARTIGOS PUBLICADOS SÃO DE  
RESPONSABILIDADE DOS SEUS AUTORES

---

**REV. MPT — BRASÍLIA, ANO XIX — N. 38 — SETEMBRO 2009**

---

Redação  
Procuradoria-Geral do Trabalho

SBS Quadra 2, Bloco S, Salas 1103/1105 — 11º andar — Empire Center  
CEP 70070-904 — Brasília — DF  
Telefone: (61) 3325-7570 — FAX (61) 3224-3275  
e-mail: [anpt@anpt.org.br](mailto:anpt@anpt.org.br)



---

Revista do Ministério Público do Trabalho / Procuradoria-Geral do Trabalho — Ano 1, n. 1 (mar., 1991) — Brasília: Procuradoria-Geral do Trabalho, 1991 — v. Semestral.

1. Direito do trabalho. 2. Justiça do Trabalho. I. Procuradoria-Geral do Trabalho (Brasil).

ISSN 1983-3229

---

CDD 341.6



*Produção Gráfica e Editoração Eletrônica:* **R. P. TIEZZI**

*Capa:* **FÁBIO GIGLIO**

*Impressão:* **CROMOSETE**



---

© Todos os direitos reservados

**LTR**<sup>®</sup>

**EDITORA LTDA.**

*Rua Jaguaribe, 571 — CEP 01224-001 — Fone (11) 2167-1101*

*São Paulo, SP — Brasil — [www.ltr.com.br](http://www.ltr.com.br)*

---

**LTr 4132.3**

**2009**





## SUMÁRIO

---

APRESENTAÇÃO .....	9
--------------------	---

### ESTUDOS

TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO: PROIBIÇÕES, POSSIBILIDADES E LIMITES .....	13
Rafael Dias Marques	
DIVERSIDADE NO TRABALHO E ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO .....	54
José Cláudio Monteiro de Brito Filho	
A IMPRESCINDIBILIDADE DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA NAS DEMISSÕES EM MASSA E A LIMITAÇÃO DE CONTEÚDO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTA .....	68
Maria Cecília Máximo Teodoro; Aarão Miranda da Silva	
O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE E OS DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO .....	88
Fábio Lucas Telles de Menezes Andrade Sandim	
PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO SOCIAL AO TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E MULTICULTURALISMO .....	108
Evanna Soares	
NOTAS SOBRE A IMPOSSIBILIDADE DE DEPOIMENTO PESSOAL DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES COLETIVAS ..	142
Ronaldo Lima dos Santos	
LIMITES DA JORNADA EXTRAORDINÁRIA HABITUAL .....	156
Júlio César Lopes	
CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL E DIREITO DE OPOSIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA ORDEM DE SERVIÇO N. 1/09 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO .....	172
Alberto Emiliano de Oliveira Neto	



## INQUÉRITOS, TERMOS DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA, AÇÕES E DEMAIS ATIVIDADES

Pedido de providências ao Conselho Nacional de Justiça: Formação de lista tríplice .....	185
Ação civil pública: agências de emprego .....	196
Ação rescisória — Programa Emergencial de Auxílio-Desemprego .....	207
Ação civil pública contra Vale Verde Empreendimentos Agrícolas Ltda. — setor sucroalcooleiro .....	237
Termo de conciliação: setor Sucroalcooleiro .....	272
Ação civil pública contra Nordeste Segurança de Valores Ltda. — discriminação por idade .....	277
Antecipação de Tutela: Discriminação por Idade .....	297
Ação civil pública contra Expresso Mercúrio S.A. — Assédio moral: Imputação de Apelidos .....	300
Decisão: assédio moral: imputação de apelidos .....	329
Ação civil pública contra Farma Service Distribuidora Ltda: falsos representantes comerciais .....	345
Sentença: falsos representantes comerciais .....	367
Recurso ordinário — Banco do Brasil: prorrogação de concurso público ...	386
Acórdão: prorrogação de concurso público .....	399
Termo de compromisso de ajustamento de conduta — Bompreço .....	417

## JURISPRUDÊNCIA

Demissão em massa. Abusividade. Suspensão. TRT 3ª Região .....	425
Conflito de competência. Eleição de representantes sindicais. STJ .....	430



Ação civil pública. TST. Terceirização em atividade-fim. Empresa de ramo de energia elétrica .....	436
Ação civil pública. TST. Dano moral. Responsabilidade objetiva do empregador .....	454

#### RESENHA

Terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional.....	477
Helder Santos Amorim	
Membros do Ministério Público do Trabalho .....	483





## APRESENTAÇÃO

---

É com grata satisfação que a Comissão Editorial da *Revista do MPT*, em seu último trabalho na atual composição, traz a lume estudos, peças e decisões que vêm pautando a atuação do Ministério Público do Trabalho.

Assim é que, especialmente em tempos de crise financeira mundial, apreciar a imprescindibilidade da negociação coletiva nas demissões em massa, os direitos humanos nas relações de trabalho, a proteção ao trabalho das pessoas com deficiência, assim como os limites da jornada extraordinária habitual, mostra-se de indiscutível importância.

Ainda no tocante à atuação do Ministério Público, hão de se destacar os estudos sobre a diversidade no trabalho e a impossibilidade de depoimento pessoal de Membros do *Parquet* laboral em ações coletivas.

Também de indiscutível importância mostra-se a análise da contribuição assistencial e o direito de oposição.

Da mesma maneira, apresentamos o destacado artigo sobre trabalho infantil artístico, vencedor do IX Prêmio Evaristo de Moraes Filho (2008), categoria melhor trabalho doutrinário, assim como os vencedores do X Prêmio Evaristo de Moraes Filho (2009), categoria melhor arrazoado.

No momento seguinte, apresentamos diversas peças, assim como as respectivas decisões, hábeis a descortinar um pouco do inovador trabalho desenvolvido por esse ramo especializado do Ministério Público, em especial no que se refere ao setor sucroalcooleiro, proteção à discriminação, combate ao assédio moral e à fraude nas relações de emprego, além da discussão sobre prorrogação de prazo em concurso público.



No que se refere às decisões proferidas pelos Tribunais, atribuímos especial destaque a um conflito de competência envolvendo eleições de representantes sindicais, além da suspensão da demissão em massa por abusividade, responsabilidade objetiva do empregador em caso de acidente de trabalho e a apreciação da terceirização em atividade-fim de empresa do ramo de energia elétrica.

Encerramos a Revista n. 38 com a resenha da obra *Terceirização no Serviço Público — uma Análise à Luz da Nova Hermenêutica Constitucional*.

Acreditamos que esta obra contribuirá sobremaneira para que a sociedade conheça cada vez mais o papel transformador desempenhado pelo Ministério Público do Trabalho.

A Comissão Editorial





**ESTUDOS**







## TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO: PROIBIÇÕES, POSSIBILIDADES E LIMITES

---

VENCEDOR DO PRÊMIO EVARISTO DE  
MORAES FILHO 2008 —  
MELHOR TRABALHO DOUTRINÁRIO

*Rafael Dias Marques*

### 1. INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo que tem por objeto analisar a possibilidade, ou não, de realização de trabalho artístico por crianças e adolescentes que possuam idade inferior à estabelecida pela Constituição Federal para a realização de labor. Com efeito, é situação comum, pública e notória — e que precisa ser analisada sob a óptica do Direito — a participação de crianças e adolescentes menores de 16 anos em manifestações artísticas, não raramente apropriadas economicamente por outrem.

Buscou-se responder não apenas à indagação central, mas também às questões relativas ao tema, como o choque entre dispositivos constitucionais (art. 5º, IX e art. 7º, XXXIII); a validade de normas internacionais que tratam do trabalho infantil (com enfoque na Convenção OIT n. 138/73, sobre a idade mínima para admissão a emprego), e que normas devem ser observadas no caso de ser possível o desenvolvimento deste tipo de trabalho.



**2. DA PROIBIÇÃO DE REALIZAÇÃO DE TRABALHO ARTÍSTICO  
POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES FORA  
DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 7º, XXXIII DA CF/88.  
DA RELATIVIZAÇÃO EXCEPCIONAL DE TAL PROIBIÇÃO, POR  
FORÇA DA CONVENÇÃO N. 138 DA OIT**

Por ser o Brasil signatário da Convenção n. 138 da OIT, incorporada ao Ordenamento Interno por força do Decreto n. 4.134, de 15 de fevereiro de 2002, as obrigações contidas nesta norma passaram a ser obrigatórias dentro do território nacional, sendo que este diploma alienígena se integrou ao Direito brasileiro com força de dispositivo constitucional, conforme será demonstrado.

Como se sabe, os tratados internacionais de direitos, especialmente os que versam sobre direitos humanos, tornam-se exigíveis/aplicáveis tão logo sejam eles ratificados. Trata-se de Princípio de Direito Internacional, patente inclusive no ordenamento jurídico interno do Brasil, o qual dispõe que os acordos firmados devem ser cumpridos de boa-fé (*pacta sunt servanda*), princípio este expressamente constante da Convenção de Viena<sup>(1)</sup>, da qual o Brasil também é parte.

Aliás, o princípio do *pacta sunt servanda*, amplamente aceito no direito internacional, confere obrigatoriedade aos tratados internacionais, integrando, mesmo, o arcabouço dos princípios gerais de direito reconhecidos e respeitados pela sociedade internacional.

Em consonância com este princípio presente no art. 26 da Convenção de Viena, e ainda com aquele previsto no artigo seguinte — segundo o qual “a parte não poderá invocar as disposições de seu direito interno como justificação do descumprimento de um tratado” —, torna-se imperioso o cumprimento dos termos celebrados naquela Convenção da OIT n. 138/73, porquanto recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, inobstante debates acerca do caráter atribuído a tal tratado (constitucional ou infraconstitucional), aspecto controverso este que será evidenciado no tópico seguinte.

Corroborando tal arquétipo normativo, o art. 11 da Convenção de Havana sobre Tratados, celebrada no ano de 1928, devidamente

---

(1) Art. 26. Todo tratado que entre em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.



promulgada pelo Estado brasileiro por meio do Decreto. n. 5.647, de 1929, dispõe que “os tratados continuarão a produzir seus efeitos, ainda que se modifique a Constituição interna dos Estados Contratantes”.

Disto decorre, então — e mesmo *a priori* sem qualquer questionamento acerca do apanágio constitucional, ou não, da norma internacional ora indigitada — a proibição geral do trabalho infantil artístico, como de resto, de toda e qualquer forma de trabalho infantil, abaixo da idade limite fixada pelo Estado-membro, conforme constante do art. 2º da Convenção. Admite-se, porém, excepcional possibilidade de tal prática, em casos especiais, mediante a devida autorização, consoante melhor se aclarará a seguir, na medida em que a convenção sobredita possui dispositivo nesse sentido e deve, pois, pelos princípios expostos, ser cumprida pelo Brasil.

Mesmo porque uma das características que informa a Teoria Geral sobre o Direito dos Tratados Internacionais, repousa no consentimento, de maneira que os tratados somente serão aplicados no Direito Interno se os respectivos Estados consentirem com sua adoção, por meio de instrumento que veicule aquele consentimento, vale dizer, um instrumento de ratificação, o que definitivamente ocorreu na caso da internalização da Convenção n. 138 da OIT.

Deste modo, se os tratados são expressão do consenso, pois somente assim podem criar obrigações legais, os Estados soberanos, ao aceitá-los, comprometem-se a respeitá-los. Assim, no presente caso, por ter o Brasil ratificado aquele normativo internacional, deve respeitar suas disposições de conduta.

Portanto, o tratado internacional detém atributo de norma jurídica, constituída mediante consenso entre partes iguais, de observância obrigatória e capaz de produzir efeitos na realidade toda vez que internalizada no Direito pátrio.

Realmente, a proibição geral ao trabalho, inclusive ao trabalho infantil artístico, consta do art. 2º, item 1, daquela Convenção, a qual comina ao Estado signatário o dever de informar ao Secretariado da Organização Internacional do Trabalho, em instrumento anexo à ratificação, conforme definido no próprio texto da Convenção, qual a idade mínima de admissão ao trabalho a viger sob seu território, observado um piso etário previsto naquele instrumento.



Tal declaração completará a norma internacional e vinculará o Estado-membro perante sua Ordem Jurídica interna, como também perante a comunidade internacional.

Todavia, a própria Convenção admite, em seu art. 2º, item 1, em paralelo àquela proibição genérica, duas hipóteses, uma genérica e outra específica, de exclusão e permissão de labor abaixo do limite etário fixado, consoante melhor se demonstrará a seguir. Fale-se, inicialmente, da hipótese geral de exclusão.

Os arts. 4º e 5º daquela convenção também impõem ao Estado a possibilidade de, em assim o querendo e com base na sua realidade de desenvolvimento econômico-social, excluir determinados ramos de atividade ou setores da economia daquele limite etário, fazendo-o por meio de instrumento próprio e na forma estipulada naquelas mesmas normas, vale dizer, mediante instrumento anexo à ratificação, consoante disciplinado no art. 5º, item 2, da Convenção.

Ora, em assim o fazendo, o Estado-membro afasta aquelas específicas áreas listadas, da regra de proibição geral ao trabalho precoce, permitindo que, independentemente de qualquer autorização, crianças e adolescentes nelas se ativem laboralmente.

E, então, subsumindo aqueles padrões normativos ao caso brasileiro e a partir de pesquisas nas memórias que o Governo brasileiro encaminha ao Secretariado da Organização Internacional do Trabalho, constata-se que o Estado brasileiro, ao ratificar a Convenção n. 138, indicou como idade mínima a ser observada a faixa etária inferior aos 16 anos, salvo a partir dos 14 anos, na condição de aprendiz.

E mais. O Estado brasileiro não somente indicou aquela faixa etária, como também não se valeu das permissibilidades dos arts. 4º e 5º da Convenção indigitada, na forma e por meio do instrumento correto, previstos por aquela norma internacional, de modo que a proibição alcançou limites amplos, não se excluindo daquela idade nenhuma atividade ou setor da economia, como permitiam aquelas disposições normativas.

Daí a conclusão insofismável: o Estado brasileiro, ao ratificar aquela norma internacional, adotou uma ampla proibição ao trabalho precoce, negando sua prática às crianças e adolescentes menores de



16 anos, de forma que, em nenhum ramo de atividade ou setor da economia, deve ser permitida a prática laboral abaixo daquela idade.

Ademais, é bom ressaltar: para que aquelas exceções consagradas nos arts. 4º e 5º da Convenção pudessem ter sido ativadas, obrigatório seria que o Estado brasileiro tivesse seguido a forma e o instrumento neles consagrados como aptos para iniciar o processo de exclusão, atitude internacional esta que não tomou, de maneira a configurar um amplo escudo protetor, isto é, deveria ter encaminhado, em instrumento anexo à ratificação, a lista de atividades excluídas (art. 5º, item 2), expondo, no relatório a que se refere o item 2 do art. 4º, as razões justificativas de tal exclusão.

Todavia, ao lado daquela norma geral proibitiva e das possibilidades excludentes consagradas nos arts. 4º e 5º, das quais o Brasil não se valeu, existe, na Convenção n. 138, um *tertium genus* de disposição normativa, que veicula uma exclusão específica, qual seja, o conteúdo disposto em seu art. 8º, item 1.

Com efeito, trata-se de um terceiro gênero de norma, que admite hipótese de exceção à proibição genérica do trabalho precoce, não sob a mesma força normativa dos arts. 4º e 5º, mas sim sob os auspícios de requisitos específicos e diversos daqueles contidos nos indigitados arts. 4º e 5º. Veja-se.

Consoante já se mencionou acima, as exclusões permitidas naqueles artigos (arts. 4º e 5º) são genéricas, a atingir, indistintamente, toda uma categoria ou ramo de atividade, de modo a imunizá-la da regra proibitiva genérica e, por conta disto, exige-se, a fim de produzirem sua força excludente, que o Estado faça declaração naquele sentido, mediante instrumento e forma próprios previstos na Convenção, sem o que aquela declaração será nula, sem qualquer efeito jurídico.

Neste caso, permitir-se-ia a toda e qualquer criança e adolescente ativar-se nas áreas excluídas, independentemente de qualquer autorização, vale dizer, o acesso à prática laboral seria absolutamente livre. No Brasil, inexistem aquelas exclusões genéricas, de modo que a proibição ao labor abaixo da idade mínima vale para todas as atividades.

Diferente, todavia, é a hipótese consagrada no art. 8º, item 1, da Convenção. Aqui, não se trata de exclusões genéricas, mas sim de



permissões individuais, devidamente autorizadas pelas autoridades competentes, que fixarão em que tipos de atividades poderá haver labor excepcional, as condições protetivas nas quais o trabalho poderá se desenvolver, diante da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, inerente às crianças e adolescentes.

E, por serem diferentes as hipóteses de exclusão (a primeira, realizada de maneira apriorística e inespecífica, pelo Estado-membro, independentemente da casuística individual; a segunda, realizada caso a caso, de modo individual e particularizado, mediante autorização específica para tal), diversos, por óbvio, são também os requisitos para que se ativem:

A) a primeira, mediante declaração encaminhada pelo Estado-membro ao Secretariado da OIT, em instrumento anexo à ratificação, a qual, uma vez eficaz, abre a via do trabalho independentemente de autorização caso a caso;

B) a segunda, alheia ao encaminhamento daquela declaração, porque se efetivará, casuisticamente, de modo excepcional e mediante autorização por quem de direito.

E assim, por força da mesma convenção, à norma geral proibitiva contida em seu art. 2º, acrescenta-se uma restrita hipótese de permissão, independentemente de declaração prévia encaminhada pelo Estado ao Secretariado da OIT, qual seja, a exclusão do art. 8º, item 1.

Há, pois, três espécies de normas contidas naquela Convenção que se harmonizam sem qualquer antinomia, sendo certo que é comum, em sede de técnica legislativa, a existência de normas genéricas e outras que lhe venham a restringir o alcance em dadas situações, sem que para isso se registrem grandes perplexidades:

a) A primeira espécie está contida no art. 2º, relativa à proibição genérica, isto é, não admitindo qualquer espécie de labor abaixo da faixa etária informada pelo Estado signatário, salvo as exclusões referidas em seu próprio corpo, quais sejam, a dos arts. 4º e 8º, hipóteses a seguir listadas. Veja-se que a própria letra da Convenção admite duas hipóteses diferentes de exclusão.



b) O segundo tipo, contido nos arts. 4º e 5º, veicula uma exclusão genérica por atividade ou ramo da economia, à norma geral proibitiva; exclusão feita de forma apriorística pelo Estado, sem análise do caso concreto, a demandar uma declaração inicial, no momento da ratificação, no sentido da exclusão; vale dizer, a exclusão não opera *de per se*, mas mediante aquela complementação de encaminhamento do instrumento de restrição no prazo e forma dispostos nos arts. 4º e 5º.

c) O terceiro gênero, previsto no art. 8º, item 1 da Convenção, também prevê uma exclusão, diversa, todavia, da mencionada na letra “b” anterior, pois se refere a uma permissão excepcional, não apriorística, caso a caso e mediante autorização por quem de direito, que fixará as condições em que se dará o trabalho e em que tipo de trabalho se ativará. Por ser bem mais restrita do que a hipótese contida na letra “b”, não exige a norma internacional, que seja feita aquela declaração prévia pelo Estado ao Secretariado da OIT, mas tão somente que a permissão seja excepcional, em casos individuais e mediante autorização da autoridade competente.

E nem se venha dizer que a leitura da Convenção deve ser realizada em conjunto, somando-se as disposições contidas nos arts. 4º e 5º àquela prevista no art. 8º, item, 1, pois, como dito, as hipóteses fáticas nele ventiladas são diversas, a autorizar requisitos também diversos para que suas forças normativas de exclusão também se ativem. Nesse sentido, a própria letra do art. 2º da Convenção faz essa distinção, ao fazer reserva de dois tipos de exclusão, a do art. 4º e a do art. 8º.

Caso contrário, bastaria a norma dos arts. 4º ou 5º, sem necessidade da norma do art. 8º, item 1. Aliás, se própria norma da OIT pretendesse tratar da mesma hipótese de exclusão, não a teria separado em dois artigos, topologicamente distantes um dos outros, mas tão só criado mais um item nos arts. 4º e 5º. De fato, assim não procedeu, por tratarem-se de situações fáticas de exclusão diversas, conforme demonstrado.

Realmente, o sistema normativo contido na Convenção n. 138, sob este específico aspecto, não apresenta antinomia, de modo que



as normas dos arts. 4º, 5º e 8º, item 1, não desdizem a norma geral do art. 2º, pois lhe trazem duas hipóteses diversas de exceção, e isto é bastante comum na seara de técnica de produção normativa.

Por outro lado, a norma do art. 8º, item 1, da Convenção não se contrapõe à norma dos arts. 4º e 5º, pois tratam de espécies de exclusão diversas e que não se somam, consoante visto.

Assim, por força de tais considerações, é fato e jurídico que a proibição ao trabalho abaixo dos 16 anos é norma geral no Brasil e vale para todos os ramos de atividade, inclusive para o trabalho infantil artístico, posto que este não se valeu dos arts. 4º e 5º, que veiculam uma hipótese de exclusão genérica.

Por outro lado, frente àquela proibição geral, a própria norma da OIT admite, em seu art. 8º, item 1, outra espécie de exclusão ao limite mínimo, de maneira que, para fins de representação artística, admitem-se situações específicas e individualizadas de labor abaixo da idade mínima, desde que autorizadas por quem de direito, mediante instrumento que indicará as peculiares condições de trabalho em consonância com a proteção peculiar de pessoas em desenvolvimento, inerente a toda criança e adolescente.

Repita-se, finalmente e em atinência ao caso brasileiro: são duas hipóteses de exclusão diversas, das quais somente a segunda, específica e casuística, aplica-se ao Brasil, pois este não ativou a norma de exclusão genérica dos arts. 4º e 5º, na forma e prazo previstos na Convenção. De fato, se acaso houvesse ativado e excluído a área de trabalho infantil artístico, valendo-se dos arts. 4º e 5º, permitir-se-ia o labor naquela área, desde logo e aprioristicamente, independentemente de qualquer autorização ou previsão de condições específicas de trabalho.

Assim, como não o fez, a regra é a proibição do trabalho infantil artístico, sem qualquer exclusão apriorística da atividade. Todavia, nada impede que tal proibição seja temperada — e, definitivamente o é — por outra hipótese de exclusão, prevista no art. 8º, item 1, a permitir, de modo excepcional e individual, o labor em manifestações artísticas, desde que autorizado, caso por caso, pela autoridade competente e eficazmente protegido.



Superada esta digressão inicial, realizada a fim de melhor compreender o conjunto da Convenção n. 138, passe-se, agora, à análise específica do art. 8º, item 1, daquela norma internacional.

Portanto, a possibilidade excepcional e individual de realização de trabalho infantil artístico — pois a regra é sua proibição — tem como subsídio o permissivo constante do art. 8º, item 1, da Convenção n. 138/73, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que prevê:

“A autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, se as houver, podem, mediante licenças concedidas em casos individuais, permitir exceções à proibição de emprego ou trabalho disposto no art. 2º desta Convenção, para fins tais como participação em representações artísticas.”

O dispositivo citado permite que, após a devida autorização, a criança ou o adolescente, nos casos em que for necessário também para este, realize trabalho artístico.

O Diploma da OIT ora comentado fixa normas que objetivam resguardar a dignidade das crianças e adolescentes, configurando-se assim como uma norma de proteção aos Direitos Humanos, devendo por isso ser encarada como uma disposição com valor de norma constitucional, como se verá no item seguinte.

Conveniente, ainda que brevemente, dizer porque a Convenção OIT n. 138 deve ser encarada como norma protetiva dos Direitos Humanos.

*Segundo Anselmo Henrique Cordeiro Lopes,*

“Caminho mais adequado parece-nos ser a compreensão das normas de direitos humanos como aquelas necessárias à garantia da vivência digna, do desenvolvimento e da continuidade existencial dos seres humanos e da humanidade. Pela proteção desta — a humanidade —, entende-se a tutela das gerações futuras e também a garantia de perpetuidade dos valores, dos conhecimentos, das obras e das culturas humanas. Vemos, assim, os direitos humanos como os básicos, necessários e de interesse comum de todos os seres do globo e que representam os fins legitimadores não só do Estado, mas de toda organização humana: a



busca da coexistência entre os homens, da liberdade possível dos indivíduos, do desenvolvimento pessoal e coletivo, do respeito à dignidade de cada um, da perpetuação da espécie e dos valores humanos<sup>(2)</sup> (com destaques).

Pode-se, então, conceber como normas de Direitos Humanos todas aquelas que garantam, além de uma existência digna ao homem, condições que permitam seu desenvolvimento e da sociedade em que ele vive, e que devem ser observadas pelo Estado como o norte legitimador de suas ações.

Dessa forma, não resta dúvida de que a Convenção da OIT, sobre a idade mínima para a admissão a emprego, por conter normas de caráter protecionista, as quais têm por objetivo salvaguardar as crianças e os adolescentes da gana capitalista, ceifadora de suas condições peculiares de seres em desenvolvimento, para encará-las como fonte de mão de obra, garantindo-lhes condições para o pleno desenvolvimento físico, moral, intelectual e psicológico, deve ser encarada como norma internacional de Direitos Humanos de crianças e adolescentes.

E nem se venha dizer que a norma do art. 8º, item 1, da Convenção n. 138 pune a criança e o adolescente. Pelo contrário, ao excepcionar e condicionar tal exceção a alguns requisitos, a norma, em última análise, protege a criança e o adolescente, pois a autorização permissiva e excepcional, consoante se apura do item 2 daquele mesmo artigo, fixará as condições especiais de trabalho, que deverão ser consentâneas aos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta.

Portanto, a permissão normativa excepcional existe. Com base neste dispositivo da Convenção n. 138 da OIT, pode-se utilizar, observados os requisitos restritivos já tão decantados neste estudo, o trabalho infanto-juvenil em atrações artísticas.

Porém, deve-se fazer uma composição entre a Convenção da OIT e o Texto Constitucional, de forma que não se confunda a permissão excepcional com exploração (no sentido de uso abusivo do trabalho infantil). Não é à toa que a própria Convenção lança possibilidade de

(2) A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional n. 45/04. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 549, 7 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>> Acesso em: 16 out. 2007.



permissão em casos excepcionais, e ainda sujeito ao crivo da autoridade competente. Frise-se: a regra é proibição ampla. A exceção é permissão, restrita, excepcionalmente e devida e eficazmente protegida.

Isto porque tanto a criança como o adolescente são seres ainda em formação, tanto física, quanto psicológica, intelectual e moralmente. Logo, as suas atividades prioritárias são aquelas que estão relacionadas diretamente com esse desenvolvimento, como a frequência a uma instituição de ensino, que propicia capacitação intelectual, e o exercício de atividades esportivas e recreativas, que desenvolvem o raciocínio e podem também propiciar a interação em grupo. Estas atividades devem ser a regra na rotina da criança; o trabalho, proibição, salvo casos excepcionalíssimos, nas hipóteses tratadas neste estudo.

Assim, a exceção de permissão deve sofrer uma leitura constitucional das cláusulas da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta. Destarte, por força de interpretação constitucional, só deve ser aceito o trabalho infantil artístico se este se adaptar às atividades essenciais ao desenvolvimento da criança e do adolescente, e se as disposições relativas a este trabalho observarem, sempre, o Princípio da Proteção Integral, consubstanciado no art. 227 da Constituição da República, *verbis*:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Como bem se lê no dispositivo constitucional, a doutrina da Proteção Integral institui um complexo conjunto de direitos e uma ampla garantia de proteção à criança e ao adolescente.

Tal princípio figura como base de todo um sistema garantista e efetivador dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, pois, ao instituir prerrogativas, a Constituição as torna exigíveis, de forma que cumprir as disposições do art. 227 deixa de ser faculdade do Estado, da sociedade e da família, para passar a ser obrigação.

Dessa forma, o trabalho infantil artístico é proibido. Todavia, excepcionalmente, permite-se o trabalho artístico realizado por crianças



e adolescentes desde que sejam observadas garantias mínimas referentes à jornada de trabalho (incluído aí, quando necessário, o tempo para ensaio); horário de desenvolvimento da atividade (de forma a não prejudicar o aproveitamento escolar), remuneração, meio ambiente de trabalho, de previsão de caderneta de poupança etc., as quais deverão ser fixadas na licença a ser fornecida pela autoridade competente.

Com efeito, e em obediência à norma da OIT, é necessário que haja autorização para a participação infanto-juvenil em representações artísticas. E mais: segundo a mesma norma internacional, tal autorização deve conter as condições especiais e tutelares a serem obrigatoriamente observadas no desenvolvimento daquela espécie de labor. Com efeito, a disposição do art. 8º, item 2, da Convenção OIT n. 138 assim está vazada:

“As permissões assim concedidas limitarão o número de horas do emprego ou trabalho autorizadas e prescreverão as condições em que esse poderá ser realizado.”

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece em seu art. 149, II, *a*, competir ao Juiz da Infância e da Juventude (ou quem suas vezes o faça) autorizar a participação de criança e adolescente em espetáculos públicos (e seus ensaios). Contudo, em se tratando de trabalho artístico, entendemos que, com a recente alteração constitucional, por meio da Emenda Constitucional n. 45, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho, os juízes do trabalho passaram a ter competência para conhecer da matéria, devendo não apenas autorizar, mas fixar as condições em que este trabalho poderá ser desenvolvido, estabelecendo, também, sanções para o caso de descumprimento.

Realmente, dispõe o art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente que a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores, para a concessão do alvará, os seguintes aspectos: a) os princípios da lei, entre os quais se incluem as balizas maiores de toda a princiologia tutelar da criança e do adolescente, isto é, a proteção integral e prioridade absoluta; b) as peculiaridades locais; c) a existência de instalações adequadas; d) o tipo de frequência habitual ao local; e) a adequação do ambiente à eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes; f) a natureza do espetáculo.



Assim, enquanto não sobrevier lei específica disciplinando os pormenores dessa relação de trabalho singular, a partir de autorização constitucional já existente, deverá o interessado — representado ou assistido por seu representante legal —, requerer ao órgão jurisdicional a devida autorização ao exercício de atividade laboral, competindo ao magistrado definir se dará a permissão, dependendo do tipo de trabalho artístico, e, acaso lhe seja conferida, determinar a forma de execução da atividade (duração da jornada; condições ambientais; horário em que o trabalho pode ser exercido pela criança ou adolescente; e outras questões relacionadas ao trabalho que estejam presentes no caso concreto), sempre com a manifestação do Ministério Público do Trabalho, que deverá atuar como fiscal da lei para evitar eventuais irregularidades.

Nesse sentido, elencam-se como parâmetros mínimos de proteção a serem observados:

- a) contratação de menores de 16 anos apenas em manifestações artísticas que, comprovadamente, não possam ser desempenhadas por maiores de 16 anos;
- b) exigência de prévia autorização de seus representantes legais e mediante concessão de alvará judicial expedido pela autoridade judiciária do trabalho, para cada novo trabalho realizado;
- c) impossibilidade de trabalho em manifestações artísticas que ocasionem ou possam ocasionar prejuízos ao desenvolvimento biopsicossocial da criança e do adolescente, devidamente aferido em laudo médico-psicológico;
- d) exigência de apresentação de matrícula, frequência e bom aproveitamento escolares, além de reforço escolar, em caso de mau desempenho;
- e) não coincidência entre o horário escolar e a atividade de trabalho, resguardados os direitos de repouso, lazer e alimentação, dentre outros;



f) garantia de efetiva e permanente assistência médica, odontológica e psicológica;

g) proibição de labor a menores de 18 anos em locais e serviços perigosos, noturnos, insalubres, penosos, prejudiciais à moralidade e em lugares e horários que inviabilizem ou dificultem a frequência à escola;

h) exigência de depósito, em caderneta de poupança, de percentual mínimo incidente sobre a remuneração devida, cuja movimentação só será permitida quando completar a maioridade legal ou mediante autorização judicial, em casos de comprovada necessidade;

i) observância da jornada e carga horária semanal máximas de trabalho, bem como dos intervalos de descanso e alimentação, e ainda das condições gerais em que o trabalho será realizado, tal como fixados pela autoridade judiciária do trabalho, em alvará;

j) acompanhamento do responsável legal do artista, ou quem o represente, durante a prestação do serviço;

k) garantia dos direitos trabalhistas e previdenciários quando presentes, na relação de trabalho, os requisitos do arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

### ***3. DA APARENTE COLISÃO DE DIREITOS ENTRE OS ARTS. 5º, IX E 7º, XXXIII, DA CF/88***

Não fosse tudo isso, também por uma outra óptica, poder-se-iam admitir, nas mesmas linhas excepcionais, situações em que se permite o trabalho artístico de crianças e adolescentes menores de 16 anos. Trata-se da hipótese de cotejo entre os arts. 5º, IX e 7º, XXXIII, da CF/88.

O grande problema da aplicação e compreensão do Direito ocorre quando duas normas, referentes a direitos distintos, autorizam padrões



de conduta conflitantes numa mesma situação fática, vez que tais direitos não podem ser exercidos plenamente sem um adentrar a esfera do outro, isto é, sem ferir o outro direito, sendo omissos os diplomas quanto à solução para o conflito. E, então, em tal hipótese, está-se diante de um problema jurídico-hermenêutico denominado colisão ou conflito de direitos ou valores jurídicos.

O Brasil, como país defensor das liberdades, dentre as quais figuram a liberdade de expressão e de crença, bem como a liberdade de fazer ou deixar de fazer, senão em virtude de lei, demonstra sua profunda intenção de cobrir quaisquer lesões a esses direitos ao fazê-los constar no rol expresso das garantias fundamentais, presente no art. 5º do Diploma Constitucional de 1988.

Tais direitos são tão essenciais que se constituem como o alicerce da República Brasileira como Estado Democrático de Direito, pelo que não podem ser alterados nem por inflexão do Poder Constituinte Derivado, senão por nova Constituinte, o que denota, desde já, a máxima efetividade atribuída às liberdades fundamentais dos cidadãos pátrios.

Por outro lado, o art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal apresenta norma de vedação de trabalho, garantindo o direito ao não trabalho a todos aqueles menores de 16 anos, salvo aos maiores de 14 anos, na condição de aprendiz.

E, então, por força do cotejo dos valores constitucionais incutidos nas normas dos arts. 7º, XXXIII, e art. 5º, IX, chega-se a uma aparente situação de colisão de direitos, isto é, como garantir a manifestação artística de crianças e adolescentes menores de 16 anos, quando aquelas são exercidas por meio de relação de trabalho? Haveria relação de trabalho proibida, por força do art. 7º, XXXIII, da CF/88, ou exceção permitida daquela relação de labor, por corolário do art. 5º, IX, da CF/88?

Assim, frente a tal colisão de padrões conflitantes de comportamento, deve-se proceder à análise global das normas constitucionais, tanto as previstas pelo art. 5º, IX, quanto as capituladas pelo art. 7º, XXXIII, a fim de se extrair o real alcance daqueles permissivos de conduta. Isto porque toda interpretação jurídica deve ocorrer dentro de um contexto, de modo a assegurar a contínua atualização e operabilidade do Direito.



Nesse mister, então, e com base no princípio da máxima efetividade e menor restrição, em especial daquelas normas relacionadas à Liberdade — defendidos pela melhor doutrina — vê-se que existe, em primeira análise, proibição de trabalho infantil artístico, que, em certas situações, devidamente autorizadas por quem de direito e eficazmente protegidas, cede passo a exceções, as quais devem ser fixadas também considerando o princípio da proporcionalidade, conforme se explicará a seguir.

Segundo alguns doutrinadores e magistrados, a Constituição proibiria qualquer espécie de trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz aos maiores de 14 (assim pensa *Erotilde dos Santos Minharro*, em sua obra “A criança e o adolescente no direito do trabalho”); por outro lado e ao mesmo tempo, garante a liberdade de expressão artística, intelectual, científica, dentre outros (em cujo substrato fático está a manifestação artística de crianças e adolescentes, ainda que tal expressão seja apropriada economicamente por outrem), o que vem a ocasionar a exurgência do fenômeno jurídico da “colisão de direitos”.

Diga-se, todavia, uma colisão aparente que deve ser dirimida não pela interpretação das normas de forma isolada, mas como um todo. Afinal, apesar de divisões didáticas, “o direito é um só”, como afirma *Fredie Didier Jr.*<sup>(3)</sup>.

Aliás, como bem explica *Sandra Lia Simón*<sup>(4)</sup>, a efetivação de uma liberdade pode confrontar diretamente com outro direito de mesmo patamar hierárquico, o que, neste caso específico, enquadra-se perfeitamente naquela hipótese prevista por *Canotilho*<sup>(5)</sup>, em que “um direito entra em confronto com um bem jurídico (coletivo ou do Estado) protegido pela Constituição”, necessitando de “harmonização”, por avaliação das normas. Como lembram *Robortella e Peres*<sup>(6)</sup>:

---

(3) *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. v. 1.

(4) *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

(5) Citado por Sandra Lia Simón.

(6) Trabalho artístico da criança e do adolescente — valores constitucionais e normas de proteção. *Revista LTr*, v. 69, n. 2, p. 151, 2005.



“Quando determinadas normas em cotejo não são *in abstracto* antinômicas, mas apenas em face de um caso concreto, a atenção do intérprete, se orientada apenas a uma delas, pode implicar violação das demais.”

Imprescindível, neste ponto, remeter-se àquela advertência espetacular de *Pontes de Miranda*, citado por *Flávia Piovesan*<sup>(7)</sup>, afirmando que: “a primeira condição para se interpretar proveitosamente uma lei é simpatia. Com antipatia não se interpreta, ataca-se”.

Assim, analisando-se, “com simpatia”, o direito garantido a todos, inclusive às crianças e adolescentes, de “livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de licença ou censura” (art. 5º, IX, CF), observa-se que o Constituinte não regulamentou limitações à fruição deste direito, nem pelo ponto de vista do modo, nem da pessoa que o exerce, a fim de se ter máxima eficácia, com máxima proteção da liberdade e mínima restrição. E assim deveria ser mesmo, pois, na criação artística, o homem, seja ele criança, adolescente ou adulto, atende a um dom que lhe é inato, que deve experimentar as raias livres da fruição, pois tanto mais livre for, maior será seu potencial artístico.

Aliás, a própria Carta Magna de 1988 dispendo, em seu art. 208, V, sobre o dever do Estado em prover a educação, determina que aquele se dará mediante garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

O art. 7º, XXXIII, por sua vez, proíbe qualquer tipo de trabalho para menores de 16 anos, salvo se aprendiz, o que vai diretamente de encontro com a possibilidade de trabalho infantil artístico, enquanto forma de expressão artística da criança e do adolescente autorizada pelo art. 5º, IX, CF. É que, nesses casos, não obstante haja sim a caracterização de “trabalho” nesta situação, este não é único, de modo que, em paralelo, há sim o caráter artístico-cultural desta atividade — a criação artística — elementar para a boa formação da criança e do adolescente, desde que seja devidamente direcionada para isto, vetando-se os excessos e agasalhando-se as práticas no princípio da proteção integral e da prioridade absoluta.

(7) *Op. cit.*, nota 33, p. 59.



Desse modo, deve-se, então, ponderar aqueles valores constitucionais aparentemente contraditórios, com base em princípios de hermenêutica constitucional. Nesta seara, a tarefa do intérprete será a de coordenar e combinar bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em detrimento de outros, isto é, o mister será o de estabelecer limites e condicionamentos recíprocos de modo a se conseguir aquela harmonização ou concordância prática. É o chamado princípio da concordância prática.

Nesse sentido e de início, frise-se que não seria razoável e proporcional impedir a prática de todos os trabalhos infantis com finalidade artística<sup>(8)</sup>, chegando-se, mesmo, ao ridículo, pois ao invés de tais atividades serem utilizadas de forma coerente com os direitos tutelados a todos (de forma proporcional e conformes aos princípios protetivos das crianças e adolescentes), sobrepor-se-ia um direito a outro, sendo que ambos possuem mesmo nível hierárquico, sendo igualmente essenciais.

Ressalte-se, ainda, que a norma prevista no art. 7º, XXXIII, da CF, certamente não foi redigida para limitar a expressão artística infantil, mas sim para impedir ABUSOS DE DIREITOS, coibindo, de modo geral, o trabalho infanto-juvenil. Ao mesmo passo, a norma do art. 5º, IX, não foi criada para se explorar o trabalho artístico de menores, mas sim para permitir a livre expressão inclusive destes, ainda que haja, por trás disso, atividade de cunho patrimonial, frise-se, desde que não seja essa a principal finalidade e sejam fixados certos parâmetros em alvará judicial autorizador da prática laboral.

Desse modo, o trabalho artístico realizado por menores de dezesseis anos é, em princípio, proibido, mas pode ser aceito, com a devida autorização judicial e cautelas correspectivas à proteção integral, desde que seja essencial, como por exemplo, na representação de um personagem infantil.

Realmente, a norma proibitiva do art. 7º, XXXIII, da CF apresenta teleologia destinada a um escopo protetivo e tutelar da criança e do adolescente, veiculando direito fundamental ao não trabalho em certa

---

(8) O ideal, consoante já exposto, é, em primeira análise, a proibição genérica ao trabalho infantil artístico, pois, este, via de regra, é nocivo, salvo em situações de labor específicas, individuais, devidamente autorizadas e em ambientes eficazmente protegidos.



época da vida do ser humano, de modo a preservar sua educação, formação, lazer e convivência familiar. Visa, pois, em última análise, a impedir prejuízos à criança e ao adolescente, bem como abusos de direitos.

Nesse sentido, a atividade artística, por si só, ainda que embutida na prestação laboral, não conduz necessariamente àquela situação de prejuízo que compõe a teleologia da norma constitucional de proibição ao trabalho, embora, via de regra, o acarrete. Todavia, desde que a prática seja eficazmente protegida, a atividade artística pode comportar, sim, uma das facetas do desenvolvimento biopsicossocial de crianças e adolescentes. Sobre o assunto, *Amauri Mascaro Nascimento* assim se pronuncia:

“Há situações eventuais em que a permissão para o trabalho do menor em nada o prejudica, como em alguns casos de tipos de trabalho artístico, contanto que acompanhado dos devidos cuidados.” (*Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 846)

Assim é que, de acordo com o Ministro do STJ Teori Albino Zavascki, referenciado por *Didier Jr.*<sup>(9)</sup>, existem três subprincípios hermenêuticos para a pacificação dos conflitos de normas constitucionais como no caso sob rubrica, dos quais se destaca um — acrescentando àqueles já citados da menor restrição possível e máxima eficácia — qual seja: o princípio da necessidade.

Ora, em vista desse subprincípio, seria realmente necessário vetar o trabalho infantil artístico em toda e qualquer situação?? Não seria melhor e mais proveitoso à criança e adolescente que fossem estabelecidos limites, tendo em vista seu melhor interesse??? Realmente, crê-se mais consentânea ao princípio da proteção integral e prioridade absoluta, a proibição ao trabalho infantil artístico, permitida, excepcionalmente, a autorização para o trabalho infantil artístico, desde que observadas certas cautelas fixadas judicialmente.

Caso ainda haja dúvida, imperioso considerar a teoria defendida por vários doutrinadores, com influência alemã, dentre os quais se põe em evidência *Willis Santiago Guerra Filho*<sup>(10)</sup>, ainda a respeito dos

(9) *Op. cit.*, p. 38.

(10) Citado por DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, p. 38.



subprincípios hermenêuticos. Com efeito, segundo referido autor, deve-se considerar, ainda, o princípio do meio mais suave (decorrente da proporcionalidade).

Ora qual seria então a solução mais suave, adequada e necessária ao caso?

Neste ponto, não se vê outro caminho possível que não o da limitação de um direito por outro em fração mínima, já que a outra escolha possível seria a total limitação do direito de expressão artística no caso.

Assim, entende-se que a liberdade de expressão artística da criança e adolescente deve subsistir, mesmo que por meio de trabalho remunerado, com ressalvas, sem que com isso exista lesão ao Texto Constitucional, porquanto as normas ali encerradas foram elaboradas para conviver pacificamente, devendo ser solucionados quaisquer conflitos de forma proporcional, adequada, pelos meios estritamente necessários, e de maneira “mais suave” possível, a fim de se evitar abusos de qualquer parte. Disto, entende-se que um deve penetrar no outro, na menor fração possível.

Além do mais, tomando-se em conta os ensinamentos do já citado processualista, *Fredie Didier Jr.*<sup>(11)</sup>, “duas são as formas de harmonização de conflito de normas constitucionais, oriundas de duas fontes produtoras”, no caso art. 5º, IX e art. 7º XXXIII; “a) regra criada pela via da legislação ordinária; b) regra criada pela via judicial direta, no julgamento de casos específicos”.

Ora, se legislação ordinária é capaz de sanar os entraves, por que não seria, então, Tratado Internacional de Direitos Humanos, com hierarquia superior, cuja dignidade constitucional será desvendada no ponto seguinte? Vê-se que o Tratado Internacional, do qual o Brasil seja parte, é sim suficiente para dirimir o conflito, como no caso já o fez, por meio da Convenção n. 138 da OIT, com possibilidade excepcional de trabalho infantil artístico, mas com certas limitações, também reguladas pelo ECA e pela CLT.

Outrossim, esta questão também será complementada na via judicial direta, como sugere o ilustre doutrinador na hipótese “b” acima citada, já que será necessário alvará judicial, o qual estabeleça os

---

(11) *Op. cit.*, p. 35.



tipos de trabalho artístico em que a criança e o adolescente poderão se ativar, bem como os termos e condições de tal trabalho, impondo-se as limitações cabíveis, impedindo-se abusos e salvaguardando os direitos das crianças e adolescentes e seu desenvolvimento biopsicossocial em condições de sanidade.

Nestes termos, vê-se como sendo totalmente, adequado, razoável e proporcional, bem como por ser a “solução mais suave” ao confronto, a proibição geral ao trabalho, salvo a permissão excepcional, desde que resguardados os Direitos Fundamentais das crianças e adolescentes, decorrentes dos princípios constitucionais da proteção integral e da prioridade absoluta.

Em tal permissão excepcional, deve-se acentuar o caráter sociocultural e artístico desta atividade e, concomitantemente, limitar-se seu cunho laboral-patrimonial, visando ao melhor interesse da criança e do adolescente, a fim de completar sua formação pessoal, sem deturpações, as quais deverão, de qualquer modo, ser sanadas judicialmente, por meio de alvará, com o estabelecimento de parâmetros para este trabalho infantil, a ser encarado, sempre e sempre, como exceção e não regra.

Nesse exato sentido, veja-se, inclusive, que o próprio Direito alienígena não se mostrou indiferente a tal temática. Com efeito, o Direito comunitário europeu, por exemplo, possui diretiva nesse sentido. Veja-se, para tanto, a Diretiva n. 94/33 da União Europeia:

“Art. 5º Actividades culturais ou similares

1. A contratação de crianças para participarem de actividades de natureza cultural, artística, desportiva, está sujeita à obtenção de uma autorização prévia emitida pela autoridade competente para cada caso individual.

2. Os Estados-membros determinarão, por via legislativa ou regulamentar, as condições do trabalho infantil nos casos referidos no n. 1 e as regras do processo de autorização prévia, desde que essas actividades: i) não sejam susceptíveis de causar prejuízo à segurança, à saúde ou ao desenvolvimento das crianças e ii) não prejudiquem a sua assiduidade escolar, a sua participação em programas de orientação ou de formação profissional aprovados pela autoridade competente ou a sua capacidade para se beneficiar da instrução ministrada.”



#### **4. DO STATUS DE INGRESSO DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Não fossem os princípios presentes na Convenção de Viena, os quais já autorizariam a integral aplicação da Convenção OIT n. 138 em território nacional e, portanto, a coercitividade de sua regra de exceção quanto à possibilidade de prática de trabalho infantil artístico, temperando-se, pois, a letra do art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988, deve-se agregar, ainda, o apanágio constitucional que informa o ingresso, no Ordenamento Jurídico pátrio, de tratados e normas internacionais que versem sobre direitos humanos, dentre os quais se inclui aquela Convenção da OIT.

É que, caracterizando-se como norma de dignidade constitucional, aquele temperamento avulta ainda mais visível, a autorizar a prática excepcional de trabalho infantil artístico, frente à sua proibição geral, observadas, por óbvio, as cautelas indigitadas no tópico anterior.

Com efeito, antes da Emenda Constitucional n. 45/04, que incluiu o § 3º ao art. 5º da CF/88, para tratar sobre o ingresso de normas internacionais de direitos humanos no sistema normativo brasileiro com *status* constitucional, existia uma enorme discussão doutrinária sobre o nível hierárquico a ser ocupado por estes diplomas; seriam meras leis ordinárias, ou se seriam consideradas emendas à Constituição.

Portanto, é necessário explicar a forma como os tratados internacionais que contenham regras de proteção aos Direitos Humanos se integram ao Direito positivo pátrio. Observe-se que a ratificação da Convenção n. 138 da OIT ocorreu sob nova ordem constitucional anterior à EC n. 45/04 e, então, o seu processo de integração ao ordenamento jurídico nacional será analisado sob a égide das normas vigentes naquele momento, consoante a cláusula do princípio de hermenêutica *tempus regit actum*.

Existiam quatro correntes que tratavam do assunto:

A) A primeira defende a natureza supraconstitucional dos tratados e convenção em matéria de direitos humanos. Seu principal



defensor foi *Celso Duvivier de Albuquerque Mello*.<sup>(12)</sup> Baseava-se numa antiga posição do Supremo Tribunal Federal que perdurou até a década de 1970, a qual adotava a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional.<sup>(13)</sup>

B) Uma segunda, decorrente do direito comparado, esposa a natureza supralegal e infranconstitucional dos tratados e convenções sobre direitos humanos. Assim, como os tratados internacionais não podem afrontar a supremacia da Constituição, os que versam sobre direitos humanos deveriam ocupar um lugar especial no ordenamento jurídico, ou seja, estariam abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias. Apresenta como fontes disposições contidas na Constituição Alemã (art. 25), na Constituição Francesa (art. 55) e na Constituição Grega (art. 28). Em solo nacional, suas origens referem-se a entendimento do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada no dia 29 de março de 2000, a partir do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do RHC n. 79785-RJ. Foi recentemente defendida pelo Min. Gilmar Mendes, ao proferir voto em sede do Recurso Extraordinário n. 466.343 SP.

C) Uma terceira vertente, seguida por um grande número de vozes nacionais, defende que, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, as convenções e tratados internacionais de Direitos Humanos detêm força de norma constitucional. Apresenta como principais defensores *Caçado Trindade, Flávia Piovesan, Clemeson Merlin Cleve e Ingo Sarlet*.

D) Por fim, uma quarta, mais conservadora, advoga a tese de que os tratados e convenções apresentam *status* de lei ordinária, sem promover qualquer diferenciação entre a natureza de cada

---

(12) Na obra *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 27, assim se pronuncia Celso de Albuquerque: “Contudo sou ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada”.

(13) Cf. STF, apelações cíveis n. 9.587, de 1951, Rel. Ministro Orosimbo Nonato; e n. 7.872, de 1943, da relatoria do Ministro Philadelpho Azevedo.



qual, isto é, se versam, ou não, sobre direitos humanos. Suas origens, no direito pátrio, remontam à manifestação do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 80.004 SE, que teve como relator o Ministro *Xavier de Albuquerque*. A quarta corrente, seguida, entre outros, por *Manoel Gonçalves Ferreira Filho* e *Alexandre de Moraes*, entendia que não havia como considerar os tratados internacionais de direitos humanos com porte de hierarquia constitucional, pois sua incorporação ao sistema normativo diferia daquele previsto para que a Constituição fosse emendada.

Com efeito, para se emendar a Carta Política, é necessário votação em 2 (dois) turnos com maioria qualificada (três quintos dos votos dos respectivos membros), na forma prevista pelo art. 60, § 2º, da própria Norma Fundamental.

E, então, com base nessa observação jurídica, sustentavam a impossibilidade de se considerar como norma constitucional tratado internacional de direitos humanos, pois sua forma de ingresso não se submetia ao quórum qualificado de três quintos, previsto para o processo de criação de normas constitucionais, na medida em que a inclusão do tratado na ordem jurídica interna ocorria com a ratificação, pelo Congresso Nacional, do ato de adesão ao tratado realizado pelo Poder Executivo. Neste caso, a ratificação poderia se dar por maioria simples.

Tal entendimento foi consagrado pelo reformador constituinte da Emenda Constitucional n. 45/04, que condicionou a qualificação constitucional a tratado internacional de direitos humanos à observância dos requisitos contidos no art. 5º, § 3º da CF/88.

Outro problema apontado pelos defensores da paridade entre leis ordinárias e tratados internacionais é uma possível violação do art. 60, § 4º, da CF, pois a norma internacional perde sua vigência com a denúncia, realizada por simples ato do Presidente da República, enquanto que as normas constitucionais de direitos humanos são tidas como de revogação impossível, por serem consideradas cláusulas pétreas.

Em que pese a coerência do raciocínio, não parece ser esse o entendimento mais adequado. Aliás, não somente a melhor doutrina



autoriza entendimento diverso, como também os novéis pronunciamentos jurisdicionais do STJ e do STF, especialmente quanto a este que, após longos anos emitindo juízo de valor condizente com a quarta das correntes doutrinárias apresentadas<sup>(14)</sup>, está reformulando seu posicionamento<sup>(15)</sup>, para, retornando à postura judicial então prevalecente em sua jurisprudência da década de 1970, encampar entendimento de que as normas internacionais de direitos humanos ingressam no Direito Pátrio sob o apanágio de normas constitucionais, independentemente do procedimento previsto no art. 5º, § 3º da CF/88.

Com efeito, a prevalência dos direitos humanos na sociedade internacional, a centralidade da dignidade da pessoa humana como cerne da República Federativa do Brasil e o extenso rol de direitos fundamentais contidos na Constituição de 1988, são verdadeiras balizas no processo de redemocratização do país e demonstram, em última análise, o reconhecimento da existência de limites à noção de soberania estatal.

Conforme *Dallari*, citado por *Carlos Weis*, “As finalidades mais importantes da Constituição consistem na proteção e promoção da dignidade humana. Por esse motivo, não é verdadeira Constituição uma lei que tenha o nome de Constituição, mas que apenas imponha regras de comportamento, estabelecendo uma ordem arbitrária que não protege igualmente a dignidade de todos os indivíduos e que não favorece sua promoção”.<sup>(16)</sup>

(14) Com efeito, desde o julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004 SE (DJ 29.12.77), da relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque, alterando sua posição tradicional, o STF passou a adotar a tese da equiparação dos tratados internacionais a leis ordinárias. Tal posição foi mantida, inclusive, após a promulgação da Constituição de 1988, no julgamento das seguintes demandas judiciais: HC n. 72.131 RJ, Rel. Min Marco Aurélio, DJ 1.8.2003. ADI-MC n. 1.480 DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.5.2001; HC n. 81.139 GO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.8.2005; HC n. 79.870 SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 20.10.2000; HC n. 77.053 SP, Rel. Min. Maurício Córrea, DJ 4.9.201998; RE n. 206.482 SP, Rel. Min. Maurício Córrea, DJ 5.9.2003; RHC n. 80.035 SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.8.2001. Todavia, no julgamento do HC n. 81.139 GO, o relator, Min. Celso de Mello, já propunha uma mudança da “estatura constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos: uma desejável qualificação jurídica a ser atribuída *de jure* constituindo”. De fato, tal mutação jurisprudencial, como melhor será demonstrada ao final deste tópico, vem se levando a termo nos julgamentos, ainda inconclusos, das seguintes demandas judiciais pelo pleno do STF: HC 87.585, o RE 349.703 e o RE 466.343.

(15) Tal mutação jurisprudencial será abordada na porção final deste tópico.

(16) *Direitos humanos contemporâneos*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 27.



Cabe ao Estado o dever de promover e proteger a dignidade humana, constituindo os Direitos Humanos o núcleo inviolável do sistema jurídico-político, não sendo possível, desta forma, concebê-los como normas infraconstitucionais. São, pois, na tipologia constitucional, normas constitucionais na sua acepção material.

Ademais, a própria Carta Política conferiu grau especial de relevância às normas internacionais de direitos humanos ao estatuir, em seu art. 5º, § 2º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, reconhecendo não apenas ela — Constituição —, como fonte de direitos e garantias fundamentais, como também os tratados internacionais que cuidem do tema.

Com efeito, o § 2º do art. 5º da Carta Magna trilha um caminho de composição entre o ordenamento legal interno e o externo, de forma a propiciar uma interação entre os dois sistemas.

Na seara dos Direitos Humanos, a interpretação das normas deve ser a mais abrangente possível, de forma a possibilitar sua máxima eficácia. Deve-se garantir a maior proteção possível ao ser humano, sempre promovendo sua dignidade. Firmamos assim entendimento semelhante ao de autores como *Flávia Piovesan* e *Caçado Trindade*, para quem os tratados internacionais de direitos humanos são normas constitucionais.

Aliás, é de *Caçado Trindade* o seguinte excerto sobre a temática:

“A novidade do art. 5º, inciso 2, da Constituição de 1988 consiste no acréscimo ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar de garantias. É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.”<sup>(17)</sup>

(17) TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 631.



A corroborar tal ensinamento, registre-se o pensamento de *Flávia Piovesan*:

“A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previstos, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Tal interpretação é consonante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, pelo qual, no dizer de Jorge Miranda, a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê.”<sup>(18)</sup>

Assim, os direitos consagrados em tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se *ipso jure* ao elenco de direitos constitucionalmente consagrados. E nem poderia ser diferente, pois não seria razoável conceder aos tratados de direitos humanos o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de mercadorias. Com efeito, como já lembrava *Cançado Trindade*, a uma hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto internacional quanto interno, a serem interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados.

Neste ponto, então, o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal representa verdadeira cláusula de abertura ou, como preferem alguns, da não tipicidade dos direitos fundamentais. Com efeito, nas Constituições brasileiras, o legislador sempre enumerou os direitos fundamentais de forma exemplificativa, possibilitando uma ampliação maior do catálogo de tais espécies de direitos.

Por tal cláusula de abertura, autoriza-se a inserção de direitos fundamentais não tipificados e decorrentes do regime democrático e dos princípios adotados pela Constituição, ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, no que se amplia o sistema de garantias e proteção da pessoa humana.

---

(18) PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: *Temas de direitos humanos*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 58.



E aqui, então, oportuno se faz comentar alguns marcos teóricos da classificação doutrinária que divide os direitos fundamentais em duas espécies, de acordo com a qual existiriam: os direitos formais e materialmente fundamentais (previstos na Constituição Formal) e os direitos apenas materialmente fundamentais (sem previsão expressa na Constituição Formal).

Tais ponderações baseiam-se nas lições do grande constitucionalista português *José Joaquim Gomes Canotilho*.<sup>(19)</sup>

Os direitos formalmente fundamentais são, pois, aqueles que se encontram positivados na Constituição, apresentando as seguintes características: a) insculpam-se na Constituição escrita e ocupam o topo de toda ordem jurídica; b) a norma que os prevê está sujeita às limitações formais e materiais decorrentes do processo de reforma constitucional; c) apresentam aplicação imediata e vinculação *erga omnes*. Assim, as normas que os traduzem possuem um tratamento diferenciado pelo poder constituinte, diante de sua aplicabilidade imediata e maior proteção frente aos processos de mudança do seu conteúdo pelos poderes constituídos.

Ao reverso, é direito materialmente fundamental aquele que é parte da Constituição material. Referem-se a decisões essenciais sobre a planificação estatal e societária. Tal ideia de fundamentalidade material permite, então, a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto (pois apenas materialmente fundamentais), bem como a aplicabilidade, a tais espécies, de aspectos do regime jurídico próprio dos direitos fundamentais em sentido formal.

Com efeito, segundo magistério de *Jorge Miranda*:

“O conceito de direitos fundamentais materiais não se reduz apenas aos direitos estabelecidos pelo poder constituinte, mas são direitos procedentes da ideia de Constituição e de Direito dominante, do sentimento jurídico coletivo, o que dificilmente tornariam totalmente distanciados de um respeito pela dignidade do homem concreto.”<sup>(20)</sup>

(19) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

(20) MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2001. t. iv, p. 11.



Perspicaz, neste ponto, é o magistério de *Ingo Sarlet*<sup>(21)</sup>, a arrematar, aqui, a questão da fundamentalidade material e formal. Para ele, a noção de direitos fundamentais deve contemplar uma visão inclusiva de todas as posições jurídicas relacionadas às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo foram, por seu conteúdo e relevância (fundamentalidade em sentido material), integradas expressamente ao texto da Constituição e tornadas indisponíveis aos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por sua substância e importância, possam alcançar-lhes equiparação, tornando-se parte da Constituição Material, possuindo, ou não, assento na Constituição Formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).

Ora, essa ideia de fundamentalidade material, então, permitida pelo art. 5º, § 2º, da Constituição, permite dizer que os direitos humanos previstos em normas internacionais apresentam porte constitucional, aplicando-se-lhes todo o regime jurídico das normas constitucionais formais, sempre na finalidade-mor de ampla proteção de seu cerne axiológico, vale dizer, a dignidade da pessoa humana. Com efeito, aquela possibilidade de incorporação de novos direitos, mediante a cláusula de abertura, indica que a Constituição atribui aos diplomas internacionais sobre direitos humanos a hierarquia de norma constitucional.

Ao discorrer sobre a classificação dos direitos fundamentais, o professor *José Afonso da Silva* brilhantemente escreveu:

“A classificação que decorre do nosso Direito Constitucional é aquela que os agrupa com base no critério do seu conteúdo, que, ao mesmo tempo, se refere à natureza do bem protegido e do objeto de tutela. O critério da fonte leva em conta a circunstância de a Constituição mesma admitir outros direitos e garantias fundamentais não enumerados, quando, no § 2º do art. 5º, declara que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do

---

(21) SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 59-88, jan./mar. 2006.



Brasil seja parte. Daí as três fontes dos direitos e garantias: (a) os expressos (art. 5º, I a LXXVIII); (b) os decorrentes dos princípios e regime adotados pela Constituição; (c) os decorrentes de tratados e convenções adotados pelo Brasil.<sup>”(22)</sup> (destaques do autor)

Embora formalmente os tratados internacionais sejam incorporados ao direito positivo brasileiro de modo diverso das leis ordinárias (ainda que sua criação seja mais complexa), não há dúvida de que, materialmente, os tratados internacionais de direitos humanos equivalem a disposições constitucionais, razão pela qual entendemos que, apesar do processo diferenciado de incorporação ao sistema normativo, diplomas internacionais de direitos humanos e emendas constitucionais se equivalem, pois as normas internacionais de direitos humanos também fixam direitos e garantias fundamentais do homem, com a intenção de promover a dignidade humana, que, por sinal, é um dos fundamentos da República brasileira (art. 1º, III, CF).

Todavia, de que maneira deve-se confrontar todos esses ensinamentos diante da disposição do § 3º do art. 5º, incorporado à Constituição de 1988, por força da Emenda n. 45, de 2004. Vejamos.

Ao comentar a alteração constitucional, referente ao processo de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, *José Afonso da Silva* classifica as normas constitucionais em normas formalmente constitucionais e normas materialmente constitucionais. As primeiras são aquelas que, para possuírem o mesmo nível hierárquico das disposições constitucionais, devem ser submetidas ao mesmo processo de aprovação das emendas constitucionais; enquanto que as segundas são as normas relativas aos direitos fundamentais, como bem expôs no trecho a seguir:

“(...) as normas internacionais de direitos humanos só serão recepcionadas como direito constitucional interno, formal, se o decreto legislativo que as referendar for aprovado nas condições indicadas, de acordo com o processo de formação de emendas constitucionais previsto no art. 60 da Constituição. Direito

---

(22) *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 182-183.



constitucional formal, dissemos, porque só neste caso adquirem a supremacia própria da Constituição, pois de natureza constitucional material o serão sempre, como o são todas as normas sobre direitos humanos.”<sup>(23)</sup> (destaques do autor)

*Paulo Ricardo Schier*<sup>(24)</sup>, renomado Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná, por sua vez, discorrendo acerca da hierarquia dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos ratificados antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45, que acrescentou o § 3º ao art 5º da CF, sugestiona a incidência do *tempus regit actum*.

De tal princípio, inclusive, já se valera anteriormente o Supremo Tribunal Federal, vez que, ante a nova Constituinte, certos requisitos constitucionais eram alterados, impondo a recepção de norma ordinária — a qual atendera ao procedimento então estabelecido pela Constituição vigente — para matéria que a nova Carta Magna exige ser regulamentada por lei complementar, como no exemplo do Código Tributário Nacional, dado pelo autor.

O referido autor conclui, brilhantemente:

“(...) a ideia é sustentar que a aplicação do *tempus regit actum*, amplamente aceita pelo próprio STF em diversas situações, permitiria vislumbrar que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à EC n. 45, devidamente recepcionados pelo procedimento válido à época da incorporação, devam assumir, agora, automaticamente, *status* de emendas constitucionais.”

Ideia essa corroborada por *Flávia Piovesan*<sup>(25)</sup>, ao afirmar, de forma contundente, que:

“Desde logo, há que afastar o entendimento segundo o qual, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam

(23) *Op. cit.*, p. 183.

(24) Hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e EC n. 45. Tese em favor da incidência do *tempus regit actum* — artigo publicado no site <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Paulo%20Ricardo%20Schier.pdf>>.

(25) *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 72.



obtido o *quorum* qualificado de três quintos, demandado pelo aludido parágrafo.”

Aduz, ainda, a celebrada autora, solidificando a aplicação do *tempus regit actum*, que:

“(...) os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/04 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, inclusive, o quorum dos três quintos dos membros em cada Casa. Todavia não foram aprovados por dois turnos de votação, uma vez que o procedimento de dois turnos não era tampouco previsto.” (grifo nosso)

Comungando da mesma conclusão, mas por um fundamento diverso, é a doutrina de *Celso Lafer*, que assim escreveu para se referir aos tratados ratificados antes da Emenda n. 45:

“O novo § 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo § 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que pré-existe, ao clarificar lei existente.”<sup>(26)</sup>

A arrematar, vejamos os ensinamentos de *Lílian Emerique e Sidney Guerra*:

“Outra não poderia ser a linha de entendimento propugnada, senão aquele que atribui estatura constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados antes do advento da EC n. 45 //04, que a partir da sua promulgação e por uma adequada interpretação do dispositivo constitucional do art. 5º, § 3º, considerar-se-iam recepcionados com hierarquia equivalente às emendas constitucionais, tendo em vista que esta percepção melhor se coaduna com as concepções contemporâneas na ordem internacional e de diversos países que prestigiam os tratados sobre direitos humanos. Caso contrário, o poder reformador teria apenas estatuído um procedimento que trouxe maior complexidade (*quorum* qualificado) para internalização dos

(26) LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005. p. 18.



tratados internacionais sobre direitos humanos, diluindo os dispositivos contidos nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição de 1988 e indo na contramarcha do pensamento hodierno sobre o caráter especial dos tratados internacionais sobre direitos humanos, uma vez que mais e mais se observa o aumento do abertura do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção dos direitos humanos.”<sup>(27)</sup>

Assim, o entendimento doutrinário desta terceira corrente, em relação aos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional n. 45, reside na desnecessidade de formalização dos tratados internacionais de direitos humanos, por se defender que estes já são materialmente constitucionais por meio do § 2º do art. 5º da CF/88.

Não fossem todos os balizamentos teóricos acima expendidos, também os tribunais superiores deste País estão se alinhando frente à terceira das correntes aqui apresentadas. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, pronunciando-se sobre o novo § 3º do art. 5º da CF/88, ao julgar o recurso ordinário em *habeas corpus* — RHC 18799/RS — 2005/0211458-7, em maio de 2006, de relatoria do Ministro José Delgado, assim deixou assentado em sua ementa:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO FISCAL. DEPOSITÁRIO INFIEL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/04. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. APLICAÇÃO IMEDIATA. ORDEM CONCEDIDA. PRECEDENTES. 1. A infidelidade do depósito de coisas fungíveis não autoriza a prisão civil. 2. Receita penhorada. Paciente com 78 anos de idade. Dívida garantida, também, por bem imóvel. 3. Aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, em face da Emenda Constitucional n. 45/04, que introduziu modificações substanciais na novel Carta Magna. 4. § 1º, do art. 5º, da CF/88: ‘As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’. 5. No atual estágio do nosso ordenamento jurídico, há de se considerar que: a) a prisão civil de depositário infiel está regulamentada pelo Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil faz parte; b) a Constituição da República, no Título

(27) EMERIQUE, Lílian Balmant; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 10, n. 90, ed. esp. abr./maio 2008.



II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), registra no § 2º do art. 5º que 'os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte'. No caso específico, inclui-se no rol dos direitos e garantias constitucionais o texto aprovado pelo Congresso Nacional inserido no Pacto de São José da Costa Rica; c) o § 3º do art. 5º da CF/88, acrescido pela EC n. 45, é taxativo ao enunciar que 'os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais'. Ora, apesar de à época o referido Pacto ter sido aprovado com quorum de lei ordinária, é de se ressaltar que ele nunca foi revogado ou retirado do mundo jurídico, não obstante a sua rejeição decantada por decisões judiciais. De acordo com o citado § 3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com força de emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo em apreço é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional; d) não se pode escantear que o § 1º *supra* determina, peremptoriamente, que 'as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata'. Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais em que o Brasil seja parte; e) o Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição constitucional (art. 5º, § 3º), a qual possui eficácia retroativa; f) a tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção, por meio do Decreto n. 678/92 não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado, não impedindo a sua retroatividade, por se tratar de acordo internacional pertinente a direitos humanos. Afasta-se, portanto, a obrigatoriedade de quatro votações, duas na Câmara dos Deputados, duas no Senado Federal, com exigência da maioria de dois terços para a sua aprovação (art. 60, § 2º). 6. Em caso de penhora sobre o faturamento de empresa, hipótese só admitida excepcionalmente, hão de ser observados alguns critérios, tais como a ausência de outros bens, a nomeação de um depositário-administrador (com a sua anuência expressa em aceitar o encargo) e a apresentação de um plano de pagamento, nos termos dos arts. 677 e 678 do CPC. *In casu*, o exame dos autos não convence de que tais pressupostos foram seguidos, decorrendo disso que a ordem de prisão decretada manifesta-se como constrangimento ilegal e abusivo. 7. Precedentes. 8. Recurso em *habeas corpus* provido para conceder a ordem."



Esclarecedor e contundente é a seguinte parte do Acórdão, da lavra do Ministro *José Delgado*:

“A regra emanada pelo dispositivo em apreço (§ 3º do art. 5º da CF/88, acrescido pela EC n. 45) é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional. Não se pode escantear que o § 1º *supra* determina, peremptoriamente, que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’. Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais em que o Brasil seja parte. O Pacto de São José de Costa Rica foi resgatado pela nova disposição (§ 3º do art. 5º), a qual possui eficácia retroativa. A tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção, por meio do Decreto n. 678/92 não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado, não impedindo a sua retroatividade, por se tratar de acordo internacional pertinente a direitos humanos. Afasta-se, portanto, a obrigatoriedade de quatro votações, duas na Câmara dos Deputados, duas no Senado Federal, com exigência da maioria de dois terços para sua aprovação (art. 60, § 2º).”

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal, revendo posição jurisprudencial que reinava na Corte desde a década de 70 e reconhecendo necessidade de atualização jurisprudencial, está se encaminhando, na discussão do RE n. 466.343-SP, para resgatar o entendimento originário daquele tribunal, no sentido de que as normas internacionais concernentes a direitos humanos ingressam com *status* qualificado. Nesse recurso, já há oito votos expedidos em prol da inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, no bojo do qual existem votos a demonstrar aquela mutação de posicionamento jurisprudencial<sup>(28)</sup>. A mesma discussão está sendo empreendida no julgamento do HC 87.585 e RE 349.703.

Com efeito, veja-se excerto do Informativo STF ns. 449 e 498:

---

(28) Votaram favoravelmente os Ministros Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lucia e Celso de Mello. O julgamento encontra-se suspenso pelo pedido de vista do Min. Menezes Direito.



“Em seguida, o Min. Gilmar Mendes acompanhou o voto do relator, acrescentando aos seus fundamentos que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Aduziu, ainda, que a prisão civil do devedor-fiduciante viola o princípio da proporcionalidade, porque o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, bem como em razão de o DL n. 911/69, na linha do que já considerado pelo relator, ter instituído uma ficção jurídica ao equiparar o devedor-fiduciante ao depositário, em ofensa ao princípio da reserva legal proporcional. Após os votos dos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, que também acompanhavam o voto do relator, pediu vista dos autos o Min. Celso de Mello. (Informativo 449)

O Min. Celso de Mello, entretanto, também considerou, na linha do exposto no voto do Min. Gilmar Mendes, que, desde a ratificação, pelo Brasil, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não haveria mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Contrapondo-se, por outro lado, ao Min. Gilmar Mendes no que respeita à atribuição de *status* supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, afirmou terem estes hierarquia constitucional. No ponto, destacou a existência de três distintas situações relativas a esses tratados: 1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/88, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da CF; 2) os que vierem a ser celebrados por nosso País (ou aos quais ele venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC n. 45/04, para terem natureza constitucional, deverão observar o *iter* procedimental do § 3º do art. 5º da CF; 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso País aderiu) entre a promulgação da CF/88 e a superveniência da EC n. 45/04, assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade. RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 12.3.2008. (RE-466343) (Informativo 498).”



A corroborar tal mudança jurisprudencial no STF, *Flávia Piovesan* destaca a seguinte parte do Voto do Ministro Gilmar Mendes:

“(…) a reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico (...) a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE n. 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1º.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988 (...). Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente (...). Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisprudencial mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano (...). Tenho certeza de que o espírito desta Corte, hoje, mais do nunca, está preparado para a atualização jurisprudencial.” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 74-75).

Ademais, o direito comparado é pródigo em demonstrar a centralidade que deve ocupar a dignidade da pessoa humana, mediante proteção dos direitos humanos, via reconhecimento de hierarquia constitucional aos tratados internacionais, isto é, visualiza-se uma convergência contemporânea do constitucionalismo de atribuir maior cotação às normas internacionais de direitos humanos. Para tanto, basta conferir os arts. 8º e 16 da Constituição Portuguesa, a Constituição do Peru, em suas disposições finais e transitórias, o art. 22 da Constituição Argentina, o art. 23 da Constituição da Venezuela, os arts. 93, 94 e 164 da Constituição da Colômbia, entre outras.



Logo, seguindo-se essa linha de raciocínio, a Convenção OIT n. 138/73 — porque recepcionada antes da edição da EC n. 45 — apresenta caráter constitucional, ademais, como defendido por *José Afonso da Silva* e por *Flávia Piovesan* e, por via de corolário, é capaz de lançar, com patamar constitucional, todas as consequências jurídicas lançadas neste estudo, em seus tópicos anteriores.

Ademias, gize-se finalmente que, as disposições relativas a direitos humanos são disposições de caráter substancialmente constitucional, inclusive a constante do art. 5º, § 2º, da CF/88. Assim, a mudança realizada pelo constituinte derivado de 2004, exigindo aprovação por *quorum* qualificado dos decretos legislativos que referendem convenções internacionais concernentes a direitos humanos, a fim de que estas tenham *status* constitucional, em contraposição ao conteúdo interpretativo do art. 5º, § 2º, é flagrantemente inconstitucional, posto que impede ou dificulta a efetivação de direitos e garantias fundamentais.

Realmente, o poder constituinte derivado, quando exercido, deve observar os estreitos limites impostos pelo art. 60 da Constituição Federal; destarte, as emendas constitucionais devem ser editadas de acordo com a forma estabelecida na Carta Magna, e versar somente sobre matéria permitida, o que implica em proibição de emenda à Constituição tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais (art. 60, § 4º, IV).

Conforme lição de *Jorge Miranda*, citado por *Ivo Dantas*:

“É possível inconstitucionalidade — e inconstitucionalidade material — por discrepância entre certas normas constitucionais e outras normas nascidas por virtude de revisão constitucional como constitucionais (ou com pretensão de o serem).”

No presente caso, tem-se a inconstitucionalidade material por existir um choque entre a norma do constituinte originário (art. 5º, § 2º) e a editada pelo constituinte derivado (art. 5º, § 3º), na medida em que esta institui um regime de ingresso de normas internacionais de direitos humanos mais restrito, diminuindo, pois, o alcance de norma constitucional originária (art. 5º, §§ 1º e 2º), que dota, automaticamente,



as normas de direitos humanos, de eficácia imediata e mesmo padrão constitucional.

## **5. CONCLUSÃO**

A proibição contida no art. 7º, XXXIII da Constituição é ampla, alcançando todas as formas de trabalho a menores de 16 anos, abarcando, inclusive, a prática do trabalho infantil artístico. Todavia, especificamente quanto a este, admite-se um especial tempero da regra de defeso constitucional, para, excepcionalmente e em casos individuais, permitir-se aquela espécie de trabalho, desde que devidamente autorizado pela autoridade judiciária, em alvará em que se fixem as garantias de um trabalho protegido e consecutâneo à proteção integral, pois o Brasil ratificou a Convenção n. 138 da OIT, sobre a idade mínima para o trabalho (Decreto n. 4.134/02), em cujo teor se assinala aquela exceção, sendo certo que as normas internacionais de direitos humanos, enquanto sejam reconhecidas como fontes de direitos fundamentais, devem ser consideradas dispositivos constitucionais no Direito brasileiro.

Agreguem-se, ainda, os princípios internacionais inculcados na Convenção de Viena, da qual o Brasil também é parte, os quais reforçam a aplicação da regra de exceção à proibição do trabalho contida na Convenção da OIT.

Todavia, tal exceção deve ser lida sistematicamente com as cláusulas da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta, por força da qual a autoridade judicial deverá, ao analisar o pedido de alvará, definir se dará a permissão, dependendo do tipo de trabalho artístico, e, acaso lhe seja conferida, determinar a forma de execução da atividade (duração da jornada; condições ambientais; horário em que o trabalho pode ser exercido pela criança ou adolescente; e outras questões relacionadas ao trabalho que estejam presentes no caso concreto), sempre com a manifestação do Ministério Público do Trabalho, que deverá atuar como fiscal da lei para evitar eventuais irregularidades.

Ademais, a leitura conjugada dos arts. 5º, IX e 7º, XXXIII da Constituição Federal, sob os influxos da principiologia de hermenêutica constitucional, autorizam uma concessão excepcional, temperada e protegida, à regra proibitiva do trabalho infantil, para permitir esta prática



laboral, nos casos em que for estritamente necessário, mediante concessão de alvará judicial, que avaliará aquela necessidade, bem como disciplinará condições especiais de trabalho, como decorrências lógicas dos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta.

Finalmente, é conveniente lembrar que a criança e o adolescente, embora possuam talento e aptidão para as artes, não devem ser transformados em fonte de renda da família. Sua prioridade é estudar e brincar, realizar atividades que se compatibilizem com seu estado de formação.

Daí que a regra é proibição total ao labor, inclusive para o trabalho infantil artístico, pois, não raro, importam quebra do princípio da proteção integral. Contudo, pode-se sim, de modo excepcional, autorizado, individual e protegido, permitir-se o trabalho artístico, diante das disposições acima destacadas. Contudo, considerando a característica de pessoa em desenvolvimento da criança e do adolescente, mesmo o trabalho artístico deve ocorrer com fiel observância ao Princípio da Proteção Integral. E, nesse sentido, o alvará judicial, ao fixar as condições protetivas de trabalho, é poderoso instrumento para consecução daquela finalidade.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. v. 1.

EMERIQUE, Lílian Balmant; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 10, n. 90. ed. esp., abr./maio 2008.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Os tratados internacionais e a Constituição de 1988. In: *Constitucionalismo social — estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello*. São Paulo: LTr, 2003.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional n. 45/04. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 549, 7 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.aps?id=6157>> Acesso em: 16 out. 2007.



MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MINHARRO, Erotilde dos Santos. *A criança e o adolescente no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: *Reforma do Judiciário analisada e comentada EC n. 45/04*. São Paulo: Método, 2005.

\_\_\_\_\_. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim *et al.* Trabalho artístico da criança e do adolescente — valores constitucionais e normas de proteção. *Revista LTr*, v. 69, n. 2. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 59-88. jan./mar. 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e EC n. 45*— tese em favor da incidência do *tempus regit actum*. Disponível em: <[www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Paulo%20Ricardo%20Schier.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Paulo%20Ricardo%20Schier.pdf)> Acesso em: 8 maio 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006.



## DIVERSIDADE NO TRABALHO E ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

---

*José Cláudio Monteiro de Brito Filho<sup>(\*)</sup>*

*SUMÁRIO: 1. Generalidades. 2. Discriminação; 2.1. A discriminação e os fenômenos psicológicos e antropológicos que lhe dão causa; 2.2. Classificação da discriminação quanto à forma; 2.3. Modelos de combate à discriminação. 3. O Programa de promoção da igualdade de oportunidades para todos, da coordigualdade; 3.1. Linhas gerais do programa; 3.2. Principais dificuldades. 4. Conclusão.*

*RESUMO: Ensaio que discute a diversidade no trabalho, situação que corresponde à existência de uma igualdade material, sem a ocorrência dos efeitos sociais maléficos da discriminação, entre as pessoas no ambiente do trabalho, e favorece o respeito ao trabalho decente, além da atuação do Ministério Público do Trabalho, por meio de programa específico, que é o Programa de Promoção da Igualdade de Oportunidades para Todos, da Coordigualdade.*

*PALAVRAS-CHAVE: Diversidade no trabalho; igualdade no trabalho; trabalho decente; discriminação; programa de promoção da igualdade de oportunidades para todos.*

---

(\*) Doutor em Direito da Relações Sociais pela PUC/SP. Procurador Regional do Trabalho, lotado na PRT/8ª Região e Coordenador Nacional da Coordigualdade. Professor Associado I da Universidade Federal do Pará. Professor Titular da Universidade da Amazônia. [jclaudio@prt8.mpt.gov.br](mailto:jclaudio@prt8.mpt.gov.br).



## 1. GENERALIDADES

Tenho defendido nesses últimos anos que o tema mais importante em matéria de trabalho é a busca do *trabalho decente*, que pode ser entendido como o conjunto mínimo de direitos necessários à preservação da dignidade dos trabalhadores, ou, resumindo, os Direitos Humanos dos trabalhadores<sup>(1)</sup>.

É que pouco adianta estar sempre a discutir novos direitos dos trabalhadores se, para uma boa parte deles, até o mínimo é negado<sup>(2)</sup>.

Penso que essa foi a opção feita nos últimos anos pelo Ministério Público do Trabalho, instituição a que pertenço, com a criação de coordenadorias temáticas que se ocupam das questões mais importantes para os trabalhadores, e que têm como norte o conjunto acima definido como trabalho decente.

Uma delas, a Coordigualdade, Coordenadoria Nacional de Promoção da Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho, e que atualmente dirijo<sup>(3)</sup>, trabalha a partir de três eixos temáticos, todos eles relacionados ao trabalho decente, e tendo como fundamentos a dignidade da pessoa humana e a igualdade. São eles: o combate à discriminação; a busca da inclusão das pessoas com deficiência ou reabilitadas; e, a proteção da intimidade.

(1) São eles, para a OIT, conforme a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, adotada na 86ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, em junho de 1998, os seguintes: liberdade no trabalho; igualdade no trabalho; abolição do trabalho infantil; e liberdade sindical. A partir dessa ideia, tenho entendido que o rol é incompleto, e venho defendendo que o trabalho decente só é alcançado quando há: direito ao trabalho; liberdade no trabalho; igualdade no trabalho; trabalho em condições justas, até de remuneração; meio ambiente do trabalho equilibrado; proibição do trabalho infantil; liberdade sindical; e, proteção contra os riscos sociais (*Trabalho decente*. São Paulo: LTr, 2004).

(2) Não estou a dizer que novos direitos não são importantes, mas apenas que, pela situação atual de total precariedade no trabalho de um grande contingente de prestadores de serviços, ou até de ausência de trabalho, de outro, garantir a eles o mínimo é o primordial. Dois exemplos, apenas para fixar melhor o pensamento: os milhares de trabalhadores que ainda hoje em dia são escravizados, ou, de forma mais técnica, reduzidos à condição análoga à de escravo, o que ocorre tanto com, principalmente, nordestinos do Maranhão e do Piauí, no Sudeste e Sul do Pará, e no Norte do Mato Grosso, como com bolivianos na cidade de São Paulo, coração do Estado-membro mais desenvolvido do País; as pessoas com deficiência que, por preconceito e pela falta de políticas públicas que favoreçam sua qualificação, dentre outros motivos, estão alijadas do mercado de trabalho.

(3) Esse texto está sendo escrito em abril de 2009.



Nesse primeiro eixo, durante algum tempo atuamos, nós os Procuradores, de forma quase que exclusivamente repressiva, tentando reparar os danos causados pelas práticas discriminatórias, e tentando criar condições, no futuro, para que não se repetissem. Até havia hipóteses de atuação mais propositiva, afirmativa, mas elas eram isoladas, executadas de forma não sistemática<sup>(4)</sup>.

Essa forma de atuar era totalmente diversa do que acontecia nas questões atinentes ao segundo eixo temático, de proteção e inclusão das pessoas com deficiência, em que o maior objetivo sempre foi o de buscar a contratação dos integrantes desse grupo vulnerável.

As formas de atuação vêm se aproximando, todavia, desde alguns anos, a partir de iniciativa do então Coordenador Nacional da Coordigualdade, *Otávio Brito Lopes*, hoje Procurador-Geral do Trabalho.

Motivado àquele momento por provocações expressas, especialmente do IARA, Instituto de Advocacia Racial e Ambiental, o então Coordenador Nacional, auxiliado por diversas pessoas e entidades, dentre as quais se deve mencionar os membros integrantes da Coordenação, técnicos e pesquisadores do IPEA — Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas, o Assessor Especial da PGT *Santiago Falluh Varella*, e algumas entidades do movimento negro, concebeu programa destinado a, em linhas gerais, verificar a diversidade no trabalho<sup>(5)</sup> e formular estratégias para a sua implementação nas empresas.

Esse Programa, lançado em abril de 2005, e que recebeu a denominação de Programa de Promoção da Igualdade de Oportunidades para Todos, tem sido saudado em diversas ocasiões como pioneiro e inovador na luta pela igualdade no trabalho.

Assim ocorreu, por exemplo, no Relatório do sr. *Doudou Diène*, Relator Especial sobre formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e formas conexas de intolerância<sup>(6)</sup>; no

(4) Ver, a respeito, uma série de atuações que apresento no meu livro *Discriminação no trabalho* (São Paulo: LTr, 2002).

(5) Por diversidade no trabalho entendo situação que denomino de igualdade material no trabalho, em que os tomadores de serviço, respeitando as diferenças e reconhecendo a existência de diferentes grupos em sociedade, constituídos a partir de características próprias (faixa etária, gênero, raça/cor, deficiência, escolaridade, entre outras), reproduzem no ambiente de trabalho, em proporções aceitáveis, a composição desses grupos como encontrada fora de seus muros, produzindo uma real igualdade de oportunidades e de tratamento.

(6) Comisión de Derechos Humanos, 62º período de sesiones, Informe del sr. Doudou Diène, Relator Especial sobre las formas contemporâneas de racismo, discriminación



suplemento brasileiro do Relatório Global sobre Discriminação no Trabalho da Organização Internacional do Trabalho — OIT, lançado em nível mundial em maio de 2007<sup>(7)</sup>; e, mais recentemente, em publicação do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas — IPEA<sup>(8)</sup>.

As bases do Programa, assim como o ato causador da discriminação, fator impeditivo da diversidade no trabalho, ainda suscitam dúvidas e controvérsias, causadas, penso eu, mais por desconhecimento do que pela existência de concepções diversas a respeito.

Minha tentativa neste ensaio é de contribuir para fazer desaparecer, ao menos em parte, essas dúvidas, trazendo alguns elementos que tornem mais claros os fenômenos e institutos envolvidos. Início pela discriminação.

## 2. DISCRIMINAÇÃO

Fenômeno combatido pelo Direito pelos males que causa, a discriminação está sempre presente na história da humanidade.

Em alguns momentos amparada pelo costume e pelas leis, hoje em dia, salvo raras exceções, a discriminação é rejeitada pelo Direito no mundo todo. Isso, todavia, não diminuiu a sua força, apenas faz com que seja praticada em outras condições, de forma dissimulada.

Compreender essa velha prática, que subsiste com novos métodos, é o primeiro passo para que possa ser combatida.

### 2.1. *A discriminação e os fenômenos psicológicos e antropológicos que lhe dão causa*

Começo definindo a discriminação e visitando os fenômenos que lhe dão causa<sup>(9)</sup>, pois, são as práticas discriminatórias que impedem a ocorrência da diversidade no trabalho.

racial, xenofobia y formas conexas de intolerância — *misión en el Brasil*, 17 a 26 de octubre de 2005.

(7) OIT, Suplemento Nacional do Relatório Global da OIT sobre os Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho. *Igualdade no trabalho: enfrentando os desafios*.

(8) THEODORO, Mário (org.). *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição*. Brasília: Ipea, 2008. p. 154-156.

(9) Sugiro ver o meu livro, já citado, *Discriminação no trabalho* (São Paulo: LTr, 2002. p. 37-42), bem como as obras dos autores a seguir, pois é deles que retiro as referências



Para compreender a discriminação é necessário conhecer algumas categorias que não são jurídicas, como o estigma, o estereótipo e o preconceito.

Essas são categorias ou fenômenos que são estudados pela Psicologia, dentro do que se convencionou chamar de percepção de pessoas, e que têm relação com a forma como as percebemos (as pessoas).

O estigma caracteriza-se como uma marca real, mas não necessariamente física, que leva as pessoas a perceberem negativamente o outro, e que pode levar à sua rejeição ou à sua exclusão.

Para *Goffman*, os estigmas classificam-se em: abominações do corpo; culpas de caráter individual; e estigmas tribais<sup>(10)</sup>. As abominações são as marcas físicas; as culpas estão relacionadas ao aspecto comportamental, como o homossexualismo, o comportamento radical em suas várias formas etc.; e os estigmas tribais dirigem-se aos integrantes de grandes grupos, estigmatizados em razão de raça, etnia, nacionalidade, religião, entre outros.

Note-se que as culpas de caráter individual de que fala *Goffman* não estão relacionadas a uma noção maniqueísta de certo ou errado, mas sim estão mais ligadas ao que, na antropologia, denomina-se “comportamento desviante”, e que pode ser singelamente compreendido com a adoção de um comportamento que diverge do habitualmente aceito em determinada comunidade<sup>(11)</sup>.

Já o estereótipo consiste em imputar características a integrantes de determinados grupos, de forma que a eles seja dirigida uma análise negativa<sup>(12)</sup>. Aqui não importa se a característica é real ou não, pois o que importa é sua capacidade geradora de uma avaliação negativa<sup>(13)</sup>.

---

para esse item: CROCHIK, José Leon (*Preconceito: indivíduo e cultura*. São Paulo: Robe Editorial, 1997); GOFFMAN, Erving (*Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Nunes. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988); RODRIGUES, Aroldo (*Psicologia social*. 17. ed. Petrópolis: Vozes, 1998); e VELHO, Gilberto (*Desvio e divergência: uma crítica da patologia social*. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985).

(10) Obra citada, p. 14.

(11) A esse respeito ver VELHO, Gilberto. Obra citada.

(12) Ver aqui RODRIGUES, Aroldo. Obra citada, p. 217.

(13) Nem sempre é simples distinguir o estigma do estereótipo. Para tentar uma diferenciação, vejamos o caso da discriminação racial contra os negros, tão presente e ao



Por fim, o preconceito é o terceiro fenômeno psicológico a contribuir para a discriminação. Aliás, pode-se dizer que, na esfera não jurídica, é o fenômeno que, diretamente, conduz à discriminação.

Mais amplo dos três fenômenos, o preconceito é, aproveitando a lição de *Aroldo Rodrigues*, uma “atitude negativa, aprendida, dirigida a um grupo determinado”<sup>(14)</sup>. Nesse sentido, ele é produto do meio social. As pessoas não nascem preconceituosas, aprendem a ser preconceituosas.

Desses fenômenos decorre a discriminação, que tenho convenido chamar de “preconceito exteriorizado”, porque é isso que ela representa, ou seja, a transposição, para o mundo exterior, em forma de ação ou omissão<sup>(15)</sup>, da visão preconceituosa, negativa, a respeito de pessoas ou grupos.

Em matéria de trabalho ela está definida no art. 1º, *a e b*, da Convenção n. 111, da Organização Internacional do Trabalho — OIT, que, em síntese, define discriminação no trabalho como qualquer distinção, exclusão ou preferência, decorrente de qualquer motivação, e que tenha como objetivo destruir ou alterar a igualdade de oportunidades em matéria de emprego ou profissão.

A partir dessa definição deve ser observado que, qualquer ação ou omissão do tomador de serviços, intencional ou não, consciente ou não, que concretamente violar o princípio da igualdade de e no trabalho deve ser considerada discriminação.

Esse entendimento é importante para impedir a mais comum das formas atuais de discriminação, que é a indireta, como veremos a seguir.

## ***2.2. Classificação da discriminação quanto à forma***

A discriminação, aqui mais especificamente a discriminação no trabalho, pode ser vista a partir de diversos ângulos. Isso permite sua

---

mesmo tempo tão negada na sociedade brasileira: se alguém rejeita outrem porque se trata de uma pessoa negra, ou seja, por uma característica própria, decorrente da cor da pele, isso é um estigma; por outro lado, se esse alguém faz isso baseado na crença de que “todo negro é preguiçoso”, isso é um estereótipo.

(14) Ver obra citada, p. 220-221.

(15) Esse aspecto é importante, como veremos, mais adiante, na discriminação indireta.



classificação de variadas maneiras: quanto à forma; quanto ao momento; quanto aos efeitos; e quanto ao motivo<sup>(16)</sup>.

Para este ensaio, o que interessa é a classificação quanto à forma, especialmente uma das espécies, a indireta, para a qual deve ser dirigido um novo olhar.

Nessa classificação temos a discriminação direta e a indireta.

*Alice Monteiro de Barros*, em relação a elas, diz que a “primeira pressupõe um tratamento desigual fundado em razões proibidas, enquanto a discriminação indireta traduz um tratamento formalmente igual, mas que produzirá efeito diverso sobre determinados grupos”<sup>(17)</sup>.

*Márcio Túlio Viana*, a respeito, na mesma obra, diz que isso é discriminar “ferindo regras, mas também com as próprias regras”<sup>(18)</sup>.

É que a discriminação direta se caracteriza pela exclusão aberta, em que a igualdade é violada sem subterfúgios. Já a indireta, por sua vez, é feita de forma dissimulada, encoberta, e se caracteriza por práticas aparentemente neutras, mas que, por perpetuarem situações de exclusão, ou por terem esta como objetivo, configuram discriminação. É essa, a indireta, que interessa discutir.

Note-se, como já consta do parágrafo anterior, que não é necessário, para que ocorra a discriminação indireta, que o agente tenha o claro propósito de discriminar; basta que ele, com sua conduta, conduza à exclusão um grupo ou uma pessoa. Isso é mais verdadeiro quando o agente, consciente, em dado momento, dos efeitos discriminatórios, excludentes, de sua conduta, mantém a postura, recusando-se ao ajuste necessário para repor uma situação de igualdade.

Assim, na discriminação no ambiente de trabalho, percebendo o empregador que uma prática qualquer em sua política de recursos humanos produziu uma situação de exclusão, é seu dever alterar essa política, de forma a repor a situação de equilíbrio que deve existir.

(16) Ver, a propósito, o meu já mencionado *Discriminação no trabalho*, p. 43-50.

(17) Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: VIANA, Márcio Túlio *et al.* (coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000. p. 41.

(18) *Os dois modos de discriminar e o futuro do direito do trabalho*. *Idem*, p. 321.



Qualquer outro agir deve ser tido como reprovável e sujeito à repressão e à eliminação.

### *2.3. Modelos de combate à discriminação*

A discriminação, a propósito, pode ser combatida de diversas formas, e que podem ser agrupadas em dois modelos básicos: repressor<sup>(19)</sup> e da ação afirmativa. Esse combate, ressalte-se, tem origem constitucional em idênticos dispositivos: o art. 3º, inciso IV, que trata da promoção do bem de todos, sem nenhuma forma de discriminação, e o art. 5º, *caput*, que consagra o princípio da igualdade.

O primeiro modelo, repressor, tem-se caracterizado por ser modelo mais estático, que reprime, principalmente nos aspectos penal, civil e trabalhista, a conduta discriminatória<sup>(20)</sup>.

Já o segundo, da ação afirmativa, caracteriza-se por ser modelo mais dinâmico, combatendo a discriminação por meio de normas que, com a criação de oportunidades diferenciadas para integrantes de grupos vulneráveis, buscam corrigir situações de desequilíbrio.

Ele oferece a vantagem de ir além do que tradicionalmente se pensa a respeito do primeiro modelo, criando condições para a transformação do ambiente em que se desenvolve, e em que são sentidos os efeitos da discriminação.

Isso não é necessariamente verdade, pois é perfeitamente possível pensar, a partir do modelo repressor, na criação de obrigações dirigidas a quem discrimina que consigam ir além da simples repressão, com a criação de um ambiente de respeito à diversidade.

É só impor, a partir desse modelo, práticas típicas das ações afirmativas, como forma de reparar práticas discriminatórias.

Para isso, é preciso sair da esfera individual para atuar no plano dos interesses coletivos, compreendendo que a mera reparação dos danos causados a indivíduos, em concreto, não é suficiente, mas sim que é preciso proteger, no futuro, o direito de toda a coletividade.

(19) Essa a denominação que adotei a partir do já citado *Discriminação no trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 52.

(20) Nesse sentido o art. 5º, XLI, da CRFB.



### ***3. O PROGRAMA DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADES PARA TODOS, DA COORDIGUALDADE***

Como dito no item 1, o Ministério Público do Trabalho, a partir de 2005, desenvolveu um Programa específico para o combate à discriminação, que está em curso desde então.

#### ***3.1. Linhas gerais do programa***

O Programa, como concebido, tem destinação específica, dentro do combate à discriminação<sup>(21)</sup>. Seu objetivo é reprimir e eliminar a discriminação indireta, estrutural, que se desenvolve nas empresas a partir de práticas que, embora aparentemente revelem-se neutras, conduzem a uma situação de desigualdade entre os integrantes de determinados grupos.

No tocante a esses grupos, em um primeiro momento o objetivo era combater a discriminação racial<sup>(22)</sup> e de gênero. Mais adiante, até pela análise dos primeiros dados colhidos, verificou-se que a idade era um fator acentuado de desigualdade dentro das empresas, o que levou à inclusão do combate à discriminação por esse motivo no Programa.

Trabalha-se, dessa feita, com esses três fatores, que são analisados para verificar o comportamento empresarial em três momentos da relação de emprego: admissão, promoção e demissão.

O passo seguinte foi criar um mecanismo de análise. Para isso, foi desenvolvido um sistema, que aqui pode ser simplesmente chamado de Sistema Coordigualdade, e que recebe os dados completos de cada um dos trabalhadores integrantes do quadro de pessoal das empresas, mediante o preenchimento direto por seus prepostos<sup>(23)</sup>.

---

(21) Que no MPT ocorre em todas as frentes possíveis.

(22) Raça aqui entendida em seu conceito sociológico.

(23) A sistemática então é a mesma do preenchimento da RAIS e do CAGED, do Ministério do Trabalho e Emprego, ou seja, os próprios tomadores de serviços fazem a inserção. Isso não faz que o MPT não controle a inserção dos dados, mas, isso acontece *a posteriori*, na análise, quando, verificada alguma inconsistência, o empregador é chamado a fazer as retificações, se for o caso.



Preenchido o Sistema, o programa mesmo faz a tabulação, apresentando, sob a forma de gráficos e tabelas, a situação da empresa no tocante à diversidade no trabalho, a partir dos três fatores já identificados: raça/cor, gênero e faixa etária, trazendo desde as informações mais simples, como quantitativo de empregados em relação a cada um desses grupos formados a partir dos fatores escolhidos, até as mais complexas, como média salarial, tempo médio de serviço, ocupação de cargos de chefia, entre outras.

Essa análise, todavia, ainda não está completa, pois, depois disso, ela é comparada com a população economicamente ativa — PEA do local em que o empregador exerce sua atividade, levando em consideração não somente os grupos sob análise, mas também a faixa de escolaridade, o que o Sistema também já fez<sup>(24)</sup>.

Com isso é possível determinar se o tomador dos serviços tem em seu quadro de pessoal um contingente que seja compatível, em proporções aceitáveis, com o contingente populacional em condições de trabalho.

Cabe ressaltar que, ampliando essa análise, o Programa tem sido aplicado em segmentos econômicos por inteiro, o que permite uma análise geral de determinada atividade, e inclui a possibilidade de fazer comparações e traçar estratégias mais gerais em busca da diversidade no trabalho.

O primeiro setor escolhido foi o bancário, que, depois de alguns momentos de negativa e tensão, realizou no ano de 2008 um censo de seus empregados e, agora, depois da tabulação e análise, espera-se que implemente os programas necessários para obter diversidade no trabalho.

Em momento seguinte, a atuação tem ocorrido no setor supermercadista, em todo o Brasil, já com celebração de termo de ajuste de conduta na Paraíba, e investigações em andamento em todas as Regionais.

---

(24) Isso é importante para que a análise seja a mais precisa possível. É comum que a baixa escolaridade seja uma das alegações dos tomadores de serviços para justificar a não contratação de integrantes de determinados grupos, motivo que, nas investigações já feitas, tem-se revelado falso.



A respeito das investigações, é importante observar que o Ministério Público do Trabalho, depois de completar as análises em cada empresa, busca de forma incessante a composição, para estimular o empregador a adotar, diretamente, as medidas necessárias para eliminar as desigualdades existentes em seu quadro de pessoal.

Só depois de esgotadas todas as possibilidades é que são propostas as medidas judiciais adequadas.

### *3.2. Principais dificuldades*

Desde sua instituição o Programa vem sendo submetido à análise, interna e externa, o que já permite, ao lado da maneira efusiva como vem sendo saudado, como foi visto no item 1, identificar algumas dificuldades que fazem com que ele não tenha obtido, no curto prazo, todo o sucesso que dele se espera.

A primeira, previsível, em razão da carga de preconceito que se tem contra o que é novo, especialmente quando se está a discutir um comportamento condenável, mas ainda bem arraigado em boa parte da sociedade, que é o de discriminar pelos mais variados motivos.

Essa dificuldade, todavia, vem sendo vencida paulatinamente, a partir do momento em que o Programa tem demonstrado que a não diversidade no trabalho é regra nas empresas, que até então não tinham atentado para o fato de que suas práticas, ainda que aparentemente neutras, conduzem a uma situação insustentável, na perspectiva do respeito ao princípio da igualdade.

Na verdade, tem sido comum — embora o resultado final ainda não tenha sido o desejado — receberem empresários e seus representantes os resultados da avaliação que o Programa faz, a partir dos dados lançados pela própria empresa, com total surpresa, como que a não acreditar no desenho discriminatório e não igualitário que se forma a partir de seu quadro de pessoal.

Penso que essa primeira reação, de espanto e, imediatamente, de negação das práticas discriminatórias, como se uma situação de exclusão pudesse formar-se sem causa própria, tornar-se-á, em futuro próximo, em situação de compreensão, não só dos problemas gerados, como da necessidade de reparar prática que é injusta — injusta porque



contrária aos valores que a sociedade elegeu como importantes, bem como porque contrária à Constituição<sup>(25)</sup>.

Enquanto isso não ocorre, porém, é preciso discutir outras dificuldades, trazidas pelos intérpretes do Direito, e que possivelmente serão levadas aos últimos deles — na ordem em que ocorre a apreciação dos conflitos jurídicos —, que são os integrantes do Poder Judiciário.

Uma delas diz respeito a possíveis óbices que podem ser apresentados à possibilidade de, constatada a não diversidade no trabalho nas empresas, a partir da prática da discriminação indireta, serem instituídas obrigações que imponham à empresa práticas que conduzam à igualdade em seu quadro de pessoal.

Penso que eventuais óbices não se sustentam, pois essa possibilidade é real, garantida expressamente no art. 3º, da Lei n. 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública, compatível com um dos objetivos fundamentais da República, que é promover o bem de todos<sup>(26)</sup>, e deverá ser materializada de acordo com o grau de discriminação que for constatado em cada caso concreto.

Assim, podem as medidas ir desde simples mudanças nos critérios de admissão, promoção e dispensa, até a imposição de metas para serem cumpridas, com o objetivo de criar uma situação efetiva de diversidade no trabalho.

Isso, a propósito, não é novidade no processo coletivo, especialmente o do trabalho, estando a Justiça do Trabalho há bastante tempo familiarizada com pedidos dessa natureza, aos quais tem respondido afirmativamente.

No tocante ao combate à discriminação, é um avanço do modelo repressor, que deixa, como visto antes, uma postura passiva, e passa a considerar a necessidade de reparar os efeitos do ato ilícito para além do aspecto patrimonial, criando condições para superar as consequências, mas também as causas da falta de diversidade no trabalho.

(25) A ideia de justiça que aqui estou utilizando pode ser bem compreendida a partir do pensamento de Ronald Dworkin, exposta em diversas obras do autor, mas que pode, acredito, ser bem caracterizada em capítulo denominado A discriminação compensatória, do livro *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 343-369.

(26) Penso que esse objetivo, previsto no art. 3º, IV, da CRFB, traduz, no texto constitucional, a ideia de justiça que rege as relações sociais e políticas, no Brasil.



Note-se que não se trata de criar uma política de ação afirmativa, mas sim de utilizar, a partir de permissivos legais expressos, a concepção básica desse modelo, que é o de criar condições estruturais para fazer desaparecer o ambiente que leva à discriminação.

É, então, uma aproximação dos modelos, aproveitando o fato de que a legislação processual coletiva brasileira, seguramente avançada, permite, na proteção dos interesses coletivos em sentido amplo, a criação de obrigações de fazer e não fazer.

Outra dificuldade está no reconhecimento da análise estatística como instrumento apto a comprovar a discriminação indireta, e a falta de diversidade no trabalho. Acredito que esse é outro óbice de simples superação, desde que bem compreendidas as premissas que justificam sua utilização.

De início, é preciso lembrar que os meios de prova em Direito não são somente os tradicionais, mas, pelo contrário, são considerados válidos todos os meios moralmente adequados e que não discrepem do ordenamento jurídico<sup>(27)</sup>.

A análise estatística, dessa feita, é meio de prova.

O que, todavia, essa análise pode demonstrar? Conforme o caso, a falta de diversidade no trabalho e, a partir dessa constatação, a discriminação indireta.

É que, como a discriminação indireta nasce de práticas aparentemente neutras, não necessariamente conscientes e intencionais, mas que violam o princípio da igualdade, comprovada a não diversidade no trabalho está comprovada, por via de consequência, a discriminação indireta.

Na verdade, a apresentação desse óbice deveria estar mais ligada à ideia de início da responsabilidade, do que à responsabilidade em si. É que, comprovada a falta de diversidade no trabalho, está claro que o tomador de serviços é por ela responsável, e deve ser compelido a fazer cessar o ilícito, caso não o faça espontaneamente.

O que se pode discutir é, para fins da responsabilização, o ponto inicial dela.

Explicando melhor: constatada a não diversidade no trabalho e a discriminação indireta, a partir desse momento o tomador dos serviços,

(27) Dicção óbvia do art. 332, do Código de Processo Civil.



ciente do fato, é responsável pela reparação, e daí em diante, deve responder pelo ilícito.

O que pode acontecer, entretanto, é o agravamento dessa responsabilização, caso fique constatado que a prática decorria de ato intencional.

Para tal serão necessários outros elementos de prova, mas não para a discriminação indireta, pois, em relação a ela a análise estatística que assim indique é suficiente.

#### 4. CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, penso que, mais importante do que apresentar um resumo das questões acima tratadas é fazer uma reflexão a respeito da forma como devemos ver e viver o Direito, e o reflexo disso no combate à discriminação.

É que, a busca da condicionalidade material do Direito<sup>(28)</sup>, única forma de sua realização, especialmente dos direitos fundamentais — um deles o de viver com igualdade —, não terá sucesso caso continuemos a ver a Ciência Jurídica e o ordenamento jurídico sob uma óptica meramente formal.

Menos ainda enquanto não enxergarmos que o fim do Direito, e a noção constitucional brasileira de Justiça, repito, é a promoção do bem de todos.

Nesse sentido, assistir passivamente à produção dos efeitos da discriminação, sabendo quais são as suas causas, sem atacá-las, apenas por uma visão meramente formal do Direito, é contribuir para perpetuar uma situação de desigualdade, que o ordenamento jurídico repudia.

Pelo contrário, a hora é de reconhecermos que o Direito só se realiza quando presentes as condições materiais necessárias, e que fazê-las existir é tarefa de todos.

---

(28) Ver, a respeito, de CASTELLANOS, Angel Rafael Marino; TERRURÓ, Suzana Maria da Gloria. La triple dimensión de los derechos humanos. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu e outra (org.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 1999. p. 167-191.



## A IMPRESCINDIBILIDADE DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA NAS DEMISSÕES EM MASSA E A LIMITAÇÃO DE CONTEÚDO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTA

---

*Maria Cecília Máximo Teodoro<sup>(\*)</sup>  
Aarão Miranda da Silva<sup>(\*\*)</sup>*

Neste texto se sustentará a necessidade de uma prévia negociação sindical antes de se concretizarem as demissões em massa dos trabalhadores, bem como a limitação material das transações encetadas na negociação coletiva. As fontes inspiradoras foram as recentes eclosões sociais que demitiram milhares de trabalhadores e ainda, as decisões sobre o tema dos Tribunais do Trabalho da 2ª e da 15ª Regiões, tudo em contraponto ao debate econômico da “crise mundial”, como se exporá a seguir<sup>(1)</sup>.

O ponto de partida é a fixação da premissa de que nos anos de 2008 e 2009, que se inicia, a economia planetária — totalmente globalizada — sofreu e sofre com os diversos problemas noticiados dia após dia pela imprensa. Em época de recessão, como a história demonstra, custos são reduzidos, despesas são cortadas, velhas fórmulas econômicas somadas às lições administrativas entram em cena, incluindo o corte de postos de trabalho. Ora, para um analista financeiro ou um administrador de empresas, embora simplória, a

(\*) Doutoranda em direito do trabalho pela USP. Mestre em direito do trabalho pela PUC/MG. Professora de direito do trabalho e processo do trabalho da PUC/MG e autora de livros na área trabalhista.

(\*\*) Especialista em direito do trabalho. Mestre em direitos difusos e coletivos. Advogado e professor de direito em São Paulo.

(1) Em contraponto às ideias aqui sustentadas, o artigo de GONÇALVES JÚNIOR, Mário. *Ao anular demissão em massa, Judiciário paulista assume responsabilidade do legislativo*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/38196>> Acesso em: 19.3.2009.



constatação anterior é real e permite desenvolver programas de recuperação para as empresas, e com isso possibilitá-las às novas partilhas de lucros por áureos tempos.

Porém, o cerne de uma crise global, a nosso ver, não repousa nessa fria análise mercadológica, mas sim num aprofundamento das desigualdades sociais, na equidistância da justiça social e no empobrecimento da “classe-que-vive-do-trabalho” (ou fonte de renda de seu trabalho, para ampliar), como alude o sociólogo *Ricardo Antunes*<sup>(2)</sup>.

De fato, ao que tudo indica, a sociedade mundial está vivenciando uma crise econômica, que foi iniciada nos Estados Unidos da América, até então uma das principais potências econômicas mundiais. Nesse sentido os órgãos midiáticos noticiam reações das empresas à referida crise por meio de demissões em massa, corte de custos, fechamento de estabelecimentos, dentre outras medidas drásticas.

Tal cenário mundial faz surgir o acirrado debate acerca da legalidade da dispensa coletiva sem a passagem prévia e obrigatória pela negociação coletiva. Ou seja, coloca-se em confronto de um lado o direito potestativo (porque ainda não regulamentado) de o empregador dispensar seus funcionários e de outro lado a obrigatoriedade ou não da prévia negociação coletiva para a validação das demissões em massa.

No Estado de Direito o “Poder” devidamente organizado e com suas atribuições institucionais e estatais, delega a cada ente um papel específico no conjunto organizado de funções. Pela extensão do Estado e a incapacidade privada de alcançar todos os campos e setores, existem os “corpos intermediários”, como por exemplo, os sindicatos, que possuem parcelas de atribuições e competências estatais (“poderes” no sentido amplo). Os sindicatos, em suma, são os entes representantes dos interesses das categorias trabalhadoras/profissionais ou empresariais/econômicas, que possuem direitos, garantias e deveres assegurados por lei e com objetivos comuns de tutelarem os interesses de seus membros.

*Jorge Luiz Souto Maior* destaca que “o papel importante dos sindicatos é o de dar corpo e configuração à consciência de classe

---

(2) *Adeus ao trabalho?*, p. 23.



dos trabalhadores, possibilitando uma luta mais organizada e com maior força negocial em direção a conquistas mais abrangentes, generalizáveis, que possibilitem a melhoria das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores como um todo<sup>(3)</sup>.

O Brasil é signatário de diversos tratados internacionais sobre o tema (sindicatos) que, adicionados à evolução das lutas entre classes, culminou, com a instituição e proteção das entidades sindicais no âmbito constitucional, com regulamentações e limites à atuação sindical fixados por diversas leis.

Destaca-se a importância da organização sindical ao longo do texto constitucional de 1988 que obteve assento em diversos dispositivos. Estes partem da livre associação e do direito de reunião, como garantias e direitos individuais (art. 5º e seus incisos), passa pelo direito social, com sua imprescindibilidade nas questões trabalhistas (arts. 7º a 11) e chega às atividades jurisdicionais, como ente reconhecido para tutelar ou até intervir nos conflitos dos trabalhadores/categorias (art. 114), isso para não citar os demais dispositivos constitucionais correlatos, como por exemplo, à tributação, à ordem social e, aos dispositivos processuais para tutela coletiva. Como se vislumbra, trata-se de um organismo com “profundas raízes” no Sistema Jurídico Brasileiro, ou melhor, trata-se de um verdadeiro “ente” com garantias inerentes ao Estado Democrático Brasileiro.

Por sua vez, considerando a existência do ente sindical ele não está esvaziado de funções ou atribuições, pelo contrário, ele é (deveria ser) o detentor da incumbência de buscar o equilíbrio para a tensão constante entre o poder do capital e a classe operária, embora, precipuamente, esta seja uma atribuição estatal (de pacificar os conflitos) que a delega a um “corpo intermediário”. Essa busca incessante de pacificação entre o capital e a classe operária, é constitucionalmente assegurada pela “negociação coletiva”<sup>(4)</sup>. O atual panorama ao qual foi calcada a negociação coletiva, após a EC n. 45/04

(3) *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*, p. 277.

(4) DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*, p. 120-129, sustenta que “a negociação coletiva é um dos mais importantes métodos de solução de conflitos existentes na sociedade contemporânea. Sem dúvida, é o mais destacado no tocante a conflitos trabalhistas de natureza coletiva”. Para o autor, são funções da negociação coletiva: a geração de normas jurídicas, a pacificação de conflitos de natureza sociocoletiva, a função sociopolítica e a função econômica.



e a nova redação do art. 114 da Constituição, permite afirmar que se trata de um pressuposto de existência e até validade dos conflitos e soluções desses na esfera coletiva do trabalho. A subtração ou esvaziamento do processo de “negociação coletiva” ocasiona a nulidade de todos os atos posteriormente praticados, pois, ao prever o § 2º do art. 114 da Constituição o “comum acordo” para a deflagração de dissídio coletivo, obrigou as partes envolvidas a negociar (atenta-se ao início do parágrafo aludido que, *in verbis*: “recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva...”). Ora, afastar a negociação coletiva do processo sindical ou das lides coletivas trabalhistas é, *mutatis mutantis*, o mesmo que “trapacear no jogo de tabuleiro”, em que o trapaceador é a parte que surrupia as regras (o poder econômico) e o jogo de tabuleiro é o Estado de Direito.

A consagração de um direito social, e por que não, individual do trabalhador, que é o reconhecimento sindical, só foi alcançado com muito esforço, com lutas e conquistas históricas, e com a evolução de um processo marcado pela fugacidade do mais forte sobre os mais fracos (poder econômico x trabalhadores). Com efeito, qualquer discurso em sentido contrário à opressão da classe operária é negar as evidências históricas, assim como negar o holocausto<sup>(5)</sup>.

Prosseguindo, destaca-se que os objetivos fundamentais do Brasil (art. 3º da Constituição Federal) são, dentre outros: “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação”. Isso observando seus fundamentos, como a cidadania, a dignidade da pessoa (humana) e os valores sociais do trabalho e livre iniciativa (art. 1º do Texto Constitucional). Esses objetivos só são alcançados quando respeitados os “seres” envolvidos no processo democrático, bem como seus direitos

---

(5) Declaração de direitos do homem, 1948, art. XXIII: “1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo ser humano que trabalha 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. 4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses”.



e deveres, pois cada parte ou ente constitucionalmente existente possui seu papel e sua força na sociedade.

Logo, combater os abusos no poder econômico, na livre-iniciativa, no poder potestativo (e “direito”) da empresa, é permitir que uma sociedade “livre, justa e solidária” seja calcada. A boa-fé (lealdade e crença), os limites fixados pela função social da empresa, do contrato e da propriedade privada, são os nortes que deveriam ser observados pelo Poder Econômico, mesmo diante de uma “crise mundial”, uma vez que a “ética” nunca deveria deixar de ser observada.

Pelo exposto, questionam-se os atos das empresas em demitir inúmeros trabalhadores em curto período de tempo, sob o pretexto da inviabilidade econômica e financeira de manter os postos de trabalho diante da crise, optando por unilateralmente e na surdina “decidir” pela redução de empregos e encargos sociais, o que se designa por “dispensa coletiva dos trabalhadores, ou dispensa em massa ou demissão em massa dos trabalhadores”, e assim por diante. O problema social das demissões coletivas se agrava quando a empresa (“não social”) utiliza-se do subterfúgio de não avisar, de não negociar, de não encontrar alternativas por meio da negociação coletiva junto ao sindicato representante da categoria para evitar as demissões.

Arrisca-se um palpite ainda mais grave. Muitas empresas vêm se utilizando do argumento da crise para cortarem custos, mediante o corte de postos de trabalho, quando, de fato, não foram sequer afetadas pela tão alardeada crise econômica.

Por isso que parcela dessa ausência ou (in)submissão à negociação coletiva se atribui à “fraqueza do sistema sindical” brasileiro e da carência de efetividade dos instrumentos de pressão coletiva disponibilizados aos trabalhadores, como o esvaziamento do “poder de greve”. Isso sem contar pela opressão histórica do poder econômico sob a “classe-que-vive-do-trabalho”.

Outra parte do escopo empresarial repousa no discurso inadmissível da ausência de norma (legal e posta) que vete a dispensa coletiva de trabalhadores no Brasil. Com efeito, o uso dessa “a-legalidade”, para que empresas demitam livremente e de forma aleatória trabalhadores, demonstra que as garantias e direitos individuais, sociais e coletivos necessitam e muito de tutela e proteção pelos legitimados.



Nesse sentido, em recente decisão o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região limitou a dispensa imotivada e coletiva dos trabalhadores de uma empresa remetendo as partes à prévia negociação coletiva. Pouco tempo depois, foi a vez do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, no polêmico caso envolvendo os trabalhadores da empresa Embraer, como se esmiuçarà a seguir.

Ora, não é crivo que o abuso do poder econômico seja aceito e referendado pelo Estado, neste caso, o “Poder Judiciário”. O escopo econômico utilizado com o fito de evitar a todo custo a intervenção estatal na livre iniciativa ou no mercado econômico como sendo meio de enfraquecer e desestabilizar as relações “econômico-financeiras”, de causar insegurança nas relações jurídicas e sociais, que é forma de “ditadura”, que é causa de retrocesso social e assim por diante, porém, se observados os objetivos e fundamentos da República do Brasil constatará que todos esses “pretensos argumentos” desmoramam<sup>(6)</sup>.

Acredita-se que os debates econômicos estejam equivocados, pois a intervenção estatal (nas demissões coletivas não negociadas) é meio de demonstrar segurança jurídica nas relações jurídicas e sociais, pois, muitos contratos de trabalhos “diretos” e individuais foram rescindidos imotivadamente, diversas famílias foram impactadas economicamente, comunidades inteiras dizimadas financeiramente, socialmente o exército de desempregados aumentou, as desigualdades se acentuaram, a precarização despontou, e ainda, coletivamente, o direito sindical brasileiro restou enfraquecido, isso é, se ainda existiam “forças sindicais” no país dos sindicatos pelegos”! (é o que se constata pelo reduzido número de greves deflagradas ou movimentos paredistas no país nos últimos anos e pelo excedente número de sindicatos cadastrados no Ministério do Trabalho).

E mais. Após as recentes decisões sobre o tema “demissão coletiva”, juridicamente muitos sustentaram que pelo fato de não existir norma expressa que limite a dispensa coletiva esta poderia ocorrer “livremente”, pois o juiz estaria restrito a decidir dentro da lei (e lei não existiria). Novamente o debate jurídico foi tomado pelo debate econômico e com este se confundiu, isto porque o sistema jurídico brasileiro

---

(6) Nesse sentido: “O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor”. (RE 349.686, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 14.6.05, 2ª Turma do STF, DJ de 5.8.05).



não é fechado e tão pouco depende de leis para existir, a dogmática jurídica não se reduz ao exercício “cru” de subsumir o fato à norma e ponto. Num sistema legalmente “aberto”, a todo momento, se depara com artigos na própria lei como:

a) Art. 4º da LICC: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e também com os princípios gerais do direito.”

b) Art. 5º da LICC: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

c) Art. 8º da CLT: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”<sup>(7)</sup>;

d) Art. 126 do CPC: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento

---

(7) “Cumpre observar que em legislações estrangeiras há previsão para limitar as dispensas coletivas. O exemplo elencado é o Direito argentino que pela Lei n. 24.013 de 13.11.1991, apresenta no Capítulo 6 o tema: Procedimiento preventivo de crisis de empresas. Em suma, a referida lei estabelece uma porcentagem que enquadraria as empresas nesse procedimento (por exemplo, quando as demissões afetarem mais de 15% dos trabalhadores em empresas com menos de 400 funcionários e outros percentuais calculados com base no número de trabalhadores da empresa) e determina que a empresa que se enquadrar nas condições legais, deve peticionar ao Ministério do Trabalho e Seguridad Social explicitando e comprovando a necessidade do procedimento e das demissões. A seguir o sindicato é notificado e marcada uma audiência administrativa. Não sendo possível acordo é aberto prazo para negociação. A autoridade administrativa poderá homologar ou não o acordo proposto pelas partes — empresa e sindicato — e, ainda, determinar procedimentos investigativos para apurar as alegações da empresa. Destaca-se que se o procedimento aludido não for cumprido os contratos individuais de trabalho permanecerão vigentes e válidos, surtindo todos os seus efeitos. E ainda, o Decreto n. 265/02, que regulamenta a Lei argentina, dispõe no art. 6º que as demissões coletivas que não houverem respeitado o procedimento mencionado deverão ser suspensas pela autoridade administrativa do trabalho que convocará as partes para audiência.” Conforme dados disponíveis no *site*: <[www.trabajo.gov.ar](http://www.trabajo.gov.ar)> Acesso em: 3.4.2009, às 17h, texto acrescentado no original por sugestão de Tábata Gomes Macedo de Leitão, mestranda em Direito do Trabalho pela USP.



da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”;

e) Art. 127, do CPC: “ O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”;

f) Art. 335, do CPC, sobre provas: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”;

g) Art. 1.109, do CPC, sobre jurisdição voluntária: “O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna”.

Assim, qualquer escusa do magistrado em solucionar o conflito que lhe fora proposto sob o escopo de ausência de normas, seria a negação da prestação jurisdicional, e violação aos direitos humanos mais básicos.

Outros exemplos poderiam ser perseguidos para justificar as interferências do Estado nas relações privadas (coletivas): um, que era dever do Poder Judiciário intervir no conflito social, considerando a lesão e as partes envolvidas; dois, que a ausência de norma expressa não exime o magistrado de julgar um “pedido juridicamente possível”; três, o “poder geral de cautela” que permeia a atividade jurisdicional possibilita ao magistrado decidir utilizando-se de outras fontes do direito e não somente a lei; quatro, que um magistrado não pode decidir e pautar seus atos jurisdicionais *contra legem*, mas sempre dentro da legalidade e *pro societate*, como nos dois casos aludidos (decisões dos TRT’s da 2ª e 15ª Regiões). Recorda-se que a partir do momento em que o Estado avocou a solução dos conflitos, ele passou a dever Justiça, como sustentava *Norberto Bobbio*.

Outro ledo equívoco é o de sustentar a ausência de normas para determinar a obrigatoriedade de submissão das partes envolvidas no conflito coletivo de trabalho à negociação coletiva.



Nesse diapasão, dos diversos tratados internacionais de que o Estado brasileiro é signatário, há aqueles que versam especificadamente na imprescindibilidade dos Direitos Sindicais, que asseguram o direito de sindicalização e, sobretudo, de participação dos sindicatos nas “vidas” dos trabalhadores. Nesse sentido a Convenção n. 98 da OIT, ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 49 de 1952 e promulgada pelo Decreto n. 33.196, de 29 de junho de 1953, que por si já fundamenta a “interferência” nas demissões coletivas, uma vez que os conflitos coletivos entre as partes envolvidas (trabalhadores organizados e representados por seus sindicatos e a empresa) devem sempre ser remetidos à negociação coletiva, como prevê o art. 4º da Convenção. De igual sorte a Convenção n. 154 da OIT ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 22 de 1992, promulgada pelo Decreto n. 1.256, de 29 de setembro de 1994. Neste ponto, propositadamente, deixa-se de discutir as peculiaridades envolvidas na Convenção n. 158 da OIT, ratificada e denunciada pelo Brasil<sup>(8)</sup>.

Sobre a validade dos tratados internacionais no Direito brasileiro observa-se a nova tendência doutrinária e jurisprudencial. Em recente artigo *Luiz Flávio Gomes*<sup>(9)</sup> aponta que “os tratados de direitos humanos

(8) Nesse ponto sugere-se ao leitor a obra de MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 331 e ss. As íntegras dos textos das Convenções da OIT podem ser obtidas no *site*: <[http://www.mte.gov.br/rel\\_internacionais/convencoesOIT.asp](http://www.mte.gov.br/rel_internacionais/convencoesOIT.asp)> Acesso em: 19.3.2009.

(9) In: Valor dos direitos humanos no sistema jurídico brasileiro, p. 8, jornal *Carta Forense*, de março de 2008. Disponível também em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=3642>> Acesso em: 19.3.2009. Sobre o tema, especificadamente (com destaques): **Informativo 531 do STF: Prisão Civil e Depositário Infiel** — Em conclusão de julgamento, o Tribunal concedeu *habeas corpus* em que se questionava a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual — v. Informativos 471, 477 e 498. Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do *status* de supralegalidade da referida Convenção, inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466343/SP, abaixo relatado. Vencidos, no ponto, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que a ela davam a qualificação constitucional, perfilhando o entendimento expandido pelo primeiro no voto que proferira nesse recurso. O Min. Marco Aurélio, relativamente a essa questão, se absteve de pronunciamento. HC 87585/TO, rel. Min.



acham-se formal e hierarquicamente acima do Direito Ordinário”, isso em alusão a recentes manifestações do STF que concluíram que os tratados internacionais que foram submetidos à votação expressa necessária para aprovação de Emenda Constitucional (art. 5º, § 3º, da Constituição) terão efeitos ímpares, ou seja, que os tratados, ao serem incorporados no sistema, acabam por tornar-se fontes “supraordinárias” do direito, e que inclusive pode ser afastado (o direito ordinário) se contrariar uma norma internacional, e conclui o autor mencionando que: “do velho Estado de Direito legal ou legalista estamos evoluindo para o Estado de Direito constitucional e internacional”.

Ou seja, a previsão internacional, e por que não sistêmica-interna, prevê a necessidade de negociação coletiva entre as partes envolvidas na relação de trabalho sempre que houver conflitos de interesses, o que permite afirmar a obrigatoriedade de se observar o processo de diálogo entre os envolvidos sob pena de “nulidade” procedimental ou até abusividade (para não dizer de má-fé<sup>(10)</sup>, contrariedade aos bons costumes e ilicitude nas condutas) na decisão unilateral da empresa de demitir diversos trabalhadores (que é o fato corriqueiro na realidade empresarial do Brasil).

Portanto, a “bruta” atividade empresarial brasileira em praticar demissões em massa caracteriza violação da norma de conduta (a Convenção n. 98 da OIT), o que, dentre outras sanções, evidencia uma prática antissindical rechaçada pela OIT, por seus órgãos, e mundialmente evitada. Com efeito, negar a validade ou vigência da Convenção n. 98, já ratificada, é algo inimaginável para um estudante

---

**Marco Aurélio, 3.12.2008. (HC-87585)** Na linha do entendimento acima sufragado, o Tribunal, por maioria, concedeu *habeas corpus*, impetrado em favor de depositário judicial, e averbou expressamente a revogação da Súmula n. 619 do STF (“A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”). Vencido o Min. Menezes Direito que denegava a ordem por considerar que o depositário judicial teria outra natureza jurídica, apartada da prisão civil própria do regime dos contratos de depósitos, e que sua prisão não seria decretada com fundamento no descumprimento de uma obrigação civil, mas no desrespeito ao múnus público. **HC-92566/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 3.12.2008. (HC-92566)**. *Vide* ainda o HC-90172-7 de São Paulo no STF, com rel. Min. Gilmar Mendes.

(10) Estêvão Mallet, em *A negociação coletiva nos Estados Unidos da América*, p. 338 e ss. na obra *Direito coletivo do trabalho em uma sociedade pós-industrial*, alude à necessidade de se negociar com boa-fé exemplificando condutas e ações/omissões que caracterizam a negociação com boa-fé ou com má-fé.



do direito ou um jurista que tranquilamente vislumbra sua incidência e seus efeitos no sistema jurídico brasileiro.

A ausência de um diálogo social entre a empresa demissionária, o Governo (principalmente o Poder Executivo), e os entes sindicais não é a forma coesa e sensata de “sair de uma crise”, pelo contrário, agredir direitos consagrados e inerentes ao ser humano trabalhador é retroceder socialmente, e permitir que em breve tenhamos censuras, prisões perpétuas, penas de morte, arbitrariedades públicas e outras tantas mazelas muito conhecidas da sociedade, e que se busca esquecer após 1988.

Retomando as decisões dos E. Tribunais laborais retrocitadas, a da 2ª Região culminou na declaração de nulidade da dispensa coletiva e determinação para que a empresa estipulasse negociação coletiva reduzindo os impactos sociais<sup>(11)</sup>.

---

(11) EMENTA: DESPEDIDA EM MASSA. NULIDADE. NECESSIDADE DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. GREVE DECLARADA LEGAL E NÃO ABUSIVA. Da greve. Legalidade. 1. A greve é maneira legítima de resistência às demissões unilaterais em massa, vocacionadas a exigir o direito de informação da causa do ato demissivo massivo e o direito de negociação coletiva. Aplicável no caso os princípios da solução pacífica as controvérsias, preâmbulo da CF; bem como, art. 5º, inciso XIV, art. 7º, XXVI, art. 8º, III e VI, CF, e Recomendação n. 163 da OIT, diante das demissões feitas de inopino, sem buscar soluções conjuntas e negociadas com Sindicato. Da despedida em massa. Nulidade. Necessidade de procedimentalização. 2. No ordenamento jurídico nacional a despedida individual é regida pelo Direito Individual do Trabalho, e assim, comporta a denúncia vazia, ou seja, a empresa não está obrigada a motivar e justificar a dispensa, basta dispensar, homologar a rescisão e pagar as verbas rescisórias. 3. Quanto à despedida coletiva é fato coletivo regido por princípios e regras do Direito Coletivo do Trabalho, material e processual. 4. O direito coletivo do trabalho vem vocacionado por normas de ordem pública relativa com regras de procedimentalização. Assim, a despedida coletiva não é proibida, mas está sujeita ao procedimento de negociação coletiva. Portanto, deve ser justificada, apoiada em motivos comprovados, de natureza técnica e econômicos e ainda, deve ser bilateral, precedida de negociação coletiva com o Sindicato, mediante adoção de critérios objetivos. 5. É o que se extrai da interpretação sistemática da Carta Federal e da aplicação das Convenções Internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil e dos princípios Internacionais constantes de Tratados e Convenções Internacionais, que embora não ratificados, têm força principiológica, máxime nas hipóteses em que o Brasil participa como membro do organismo internacional como é o caso da OIT. Aplicável na solução da lide coletiva os princípios: da solução pacífica das controvérsias previsto no preâmbulo da Carta Federal; da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, e da função social da empresa, encravados nos arts. 1º, III e IV e 170 *caput* e inciso III da CF; da democracia na relação trabalho-capital e da negociação coletiva para solução dos conflitos coletivos, conforme previsão dos arts. 7º, XXVI, 8º, III e VI e arts. 10 e 11 da CF, bem como previsão nas Convenções Internacionais da OIT, ratificadas pelo Brasil, ns. 98, 135 e 154. Aplicável ainda o princípio do direito à informação previsto na Recomendação n. 163, da OIT, e no art. 5º, XIV, da CF. 5. Nesse passo deve ser declarada nula a dispensa em massa, devendo



E a da 15ª Região na determinação de indenizar os trabalhadores da empresa com mais dois salários, além das verbas devidas pela rescisão, direito a mais 12 meses de plano de saúde, preferência na recontração por até dois anos dos demitidos, e ainda mantença dos efeitos temporais das liminares concedidas suspendendo as rescisões dos contratos (nesta ainda não ocorreu o trânsito em julgado até o momento da publicação deste texto)<sup>(12)</sup>.

Ora, as decisões mencionadas são difusoras no sistema jurídico pátrio, mas os E. TRT's ao concluírem pelo vício no negócio jurídico e pela ilicitude na conduta dos agentes envolvidos restringiram-se, pois: ou determinaram às empresas a indenizar os obreiros (com diversas formas), ou remeteram as partes a um acordo específico para as demissões. Outros mecanismos jurídicos poderiam ter sido utilizados e mais efetividade às normas trabalhistas alcançadas, incluindo aplicações de sanções às empresas. Porém, o marco difusor foi a consideração e evidencialidade pacífica de abusividade e ilicitude nas condutas dos empregadores em praticarem as demissões em massa, e sempre unilaterais.

Em tempo, não se sustenta que, uma vez negociada coletivamente a demissão em massa dos trabalhadores, se justifica ou fundamenta, pelo contrário, como se verá a seguir. O que se salienta é a imprescindibilidade da negociação como pressuposto de existência e até validade de eventuais demissões.

---

a empresa observar o procedimento de negociação coletiva, com medidas progressivas de dispensa e fundado em critérios objetivos e de menor impacto social, quais sejam: 1º — abertura de PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA; 2º — remanejamento de empregados para as outras plantas do grupo econômico; 3º — redução de jornada e de salário; 4º — suspensão do contrato de trabalho com capacitação e requalificação profissional na forma da lei; 5º — e por último mediante negociação, caso inevitável, que a despedida dos remanescentes seja distribuída no tempo, de modo a minimizar os impactos sociais, devendo atingir preferencialmente os trabalhadores em vias de aposentação e os que detêm menores encargos familiares. TRT da 2ª Região. ACÓRDÃO SDC N. 00002/2009-0. PROCESSO N. 20281200800002001. Dissídio Coletivo de Greve. SUSCITANTE: AMSTED MAXION FUNDIÇÃO E EQUIPAMENTOS FERROVIÁRIOS S/A. SUSCITADO: SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS METALÚRGICAS e outros. Julgamento em 22.12.2008. Documento disponível no *site*: <<http://www.trt02.gov.br/>> Acesso em: 20.3.2009.

(12) Processo n. 00309-2009-000-15-00-4, do TRT da 15ª Região, e último andamento: em 19.3.2009, com o Acórdão sendo lavrado pelo Relator Dr. José Antonio Pancotti, informações e andamentos disponíveis no *site*: <<http://consulta.trt15.jus.br/>> Acesso em: 20.3.2009.



Nesse sentido, algumas ideias legislativas surgem para socorrer o descabro do descumprimento dos preceitos assegurados aos trabalhadores e aos representantes de classes. Como o Projeto de Lei n. 6.356/05<sup>(13)</sup> do Deputado Federal Vicentinho, que em suma prevê os “índices” para se ter a demissão coletiva nos casos descritos e remete as partes à negociação coletiva. Em que pese as críticas pontuais ao projeto, e algumas bem fundamentadas, fato é que a saída (se é que há) encontrada para o problema é a mesma que hoje se busca e que a OIT recomenda: “a ampla negociação coletiva” (para aquilo em que a negociação seja possível).

A Constituição Federal, ao “flexibilizar” os direitos trabalhistas, assim o fez prestigiando a Negociação Coletiva e a atividade sindical (art. 7º, incisos XIII e XIV), além das diversas previsões na CLT e legislações esparsas, como por exemplo, nos institutos das férias coletivas, da suspensão do contrato de trabalho para qualificação do empregado, na contratação de trabalhadores por prazo determinado (tempo parcial, previsto na Lei n. 9.601/98), no banco de horas, na participação dos lucros e resultados, e outros tantos (inclusive com a recente atribuição de personalidade jurídica e capacidade de negociação às centrais sindicais, pela Lei n. 11.648/08).

Assim, diante de tantas evidências que remetem à “negociação entre as partes envolvidas no conflito”, questiona-se: “POR QUE RETROCEDER SOCIALMENTE?” “Por que romper o pacto de uma sociedade justa, fraterna e solidária e que valoriza o ser humano trabalhador (dignidade humana)? E as gerações futuras, o que farão diante da sucumbência pública e social quanto aos direitos trabalhistas mínimos mundialmente consagrados?”

A manutenção do atual sistema sindical em suas bases corporativistas é a crítica contumaz que os especialistas realizam, mas em oportunidades criadas pelas “crises” para a evolução do sistema sindical, a estagnação persiste e todo o debate teórico de emancipação aparentemente desaba.

Recorda-se da conclusão lançada por *Jorge Luiz Souto Maior* para quem: “fazer valer o direito do trabalho, mais que uma questão de

---

(13) Documento disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/362814.pdf>>  
Acesso em: 20.3.09.



justiça, é um resultado inexorável de nossa responsabilidade histórica. Nesse sentido é que devemos ser homens de nossa época, o que pressupõe reconhecer que o direito social que herdamos é o resultado do sacrifício de muitas vidas. Não podemos transmitir aos nossos sucessores um mundo novamente marcado pelas máximas capitalistas do “quem pode mais chora menos” e do “salve-se quem puder”, pois elas já nos conduziram a duas guerras mundiais e, certamente, nos conduzirão à terceira, da qual, no entanto, não restará notícia”<sup>(14)</sup>.

As soluções não são mirabolantes e não estão assentadas numa fórmula mágica, mas sim em pequenos atos e atitudes, como: as dos E. Tribunais Trabalhistas que valoraram a atividade sindical; no respeito pela sociedade e pelo governo à liberdade sindical e à negociação coletiva; as soluções dos conflitos na esfera coletiva e não individual (demissão coletiva *versus* demissão individual); e assim, desvincular-se do debate econômico global que busca fundar-se no individualismo consumista e por sua vez no enfraquecimento dos agentes sociais e coletivos e pautar-se no coletivismo e na real democracia.

Num exercício interpretativo mais preciso, observa-se que as normas jurídicas já possibilitam uma ampla liberdade sindical, com efetivação da atividade negocial e respeito ao Direito do Trabalho, bastaria a aplicação dos tratados internacionais, das normas constitucionais e infraconstitucionais. Assim, por exemplo:

A ordem econômica deve, conforme a Constituição: “Art. 170 — (...), 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: (...) II — propriedade privada; III — função social da propriedade; IV — livre concorrência; (...) VII — redução das desigualdades regionais e sociais; VIII — busca do pleno emprego”.

E como no texto constitucional não há letra morta, a interpretação harmônica destas prescrições com os artigos introdutórios da Carta de 1988<sup>(15)</sup> (arts. 1º a 11), permitem analisar que o norte a ser perseguido

(14) *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*, p. 382.

(15) Nesse sentido o Acórdão do STF (grifei): “Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 3º da Medida Provisória n. 1.596-14/97, convertida na Lei n. 9.528/97, que adicionou ao art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho um segundo parágrafo para extinguir o vínculo empregatício quando da concessão da aposentadoria espontânea. Procedência



é o do bem comum, da igualdade (material e formal), do bem-estar, da dignidade humana, do pleno emprego (trabalho digno), da paz social e assim por diante, mas sempre com equilíbrio de forças e valoração do ser humano.

Há tempos a norma infraconstitucional já aponta elementos que, se analogicamente utilizados, permitem impor ao empregador limites ao poder potestativo (e abusivo de demitir coletivamente). Por exemplo, o art. 165 da CLT acena que para os membros da CIPA, detentores de estabilidade provisória, é necessário que a empresa, ao dispensá-los, justifique e comprove o motivo de ordem disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Os primeiros passos para a aplicação de algumas ideias aqui desenvolvidas e sustentadas foram postas em prática pelos E. Tribunais Regionais do Trabalho com as recentes decisões mencionadas. Mas ainda falta muita consciência de classe, jurídica, social e econômica<sup>(16)</sup>.

da ação. (...) Os valores sociais do trabalho constituem: a) fundamento da República Federativa do Brasil (inciso IV do art. 1º da CF); b) alicerce da Ordem Econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e, por um dos seus princípios, a busca do pleno emprego (art. 170, *caput* e inciso VIII); c) base de toda a Ordem Social (art. 193). Esse arcabouço principiológico, densificado em regras como a do inciso I do art. 7º da Magna Carta e as do art. 10 do ADCT/88, desvela um mandamento constitucional que perpassa toda relação de emprego, no sentido de sua desejada continuidade. A Constituição Federal versa a aposentadoria como um benefício que se dá mediante o exercício regular de um direito. E o certo é que o regular exercício de um direito não é de colocar o seu titular numa situação jurídico-passiva de efeitos ainda mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave (sabido que, nesse caso, a ruptura do vínculo empregatício não opera automaticamente). O direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá no âmago de uma relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional de Seguro Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por esse Instituto mesmo, e não às custas desse ou daquele empregador. O Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum. A mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego. Inconstitucionalidade do § 2º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei n. 9.528/97." (ADI 1.721, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 11.10.06, DJ de 29.6.07). No mesmo sentido: AI 524.281-AgR-ED, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 2.9.08, DJE de 20.2.09; AI 565.894-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 30.5.06, DJ de 10.11.06.

(16) Nesse contexto são vivas as ideias de SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*, p. 169 e 173, que destacava: "a reconstrução vertical do mundo, tal como a atual



Um último ponto merece ser aprofundado, para que equívocos na interpretação não sejam cometidos e, sobretudo, para alcançar a exata proposta do presente texto.

No que se refere à obrigatoriedade da negociação coletiva prévia às demissões em massa, dois principais posicionamentos doutrinários opostos foram rapidamente formados. A primeira corrente entende que para a demissão em massa não há que se falar em prévia negociação coletiva, na medida em que não se pretende estabelecer condições de trabalho, pelo contrário, o que se pretende é justamente a extinção do vínculo empregatício, o que não encontra óbice no ordenamento jurídico vigente no país (posição já superada pelos argumentos retroapresentados).

O segundo posicionamento doutrinário arrima-se no sentido de que apesar de não existir norma regulamentadora da dispensa arbitrária ou sem justa causa, que mantém vigente o poder potestativo de o empregador imotivadamente dispensar o trabalhador, tal “dispensa” está inserida na esfera individual do contrato de trabalho.

Ocorre que a dispensa coletiva não está adstrita à esfera individual da relação de emprego, mas diz respeito a um direito essencialmente coletivo, afeto não só aos trabalhadores individualmente considerados, mas a toda a comunidade ao qual está inserido, às diversas famílias que perdem sua fonte de sustento, ao verdadeiro problema social que o desemprego causa. A corrente que defende o direito de rescindir centenas de contratos de trabalho sem qualquer restrição não observa a magnitude da questão, que a retira da esfera eminentemente privada e individualizada do contrato de trabalho remetendo-a à pública ou difusa e coletiva.

---

globalização perversa está realizando, pretende impor a todos os países normas comuns de existência e, se possível, ao mesmo tempo e rapidamente. Mas isto não é definitivo. A evolução que estamos entrevendo terá sua aceleração em momentos diferentes e em países diferentes, e será permitida pelo amadurecimento da crise”. E pontualmente, prossegue o autor: “ousamos, desse modo, pensar que a história do homem sobre a terra dispõe afinal das condições objetivas, materiais e intelectuais, para superar o endeusamento do dinheiro e dos objetos técnicos e enfrentar o começo de uma nova trajetória. (...) o que conta mesmo é o tempo das possibilidades efetivamente criadas, o que à sua época, cada geração encontra disponível, isso a que chamamos tempo empírico, cujas mudanças são marcadas pela irrupção de novos objetos, de novas ações e relações de novas ideias”.



A denúncia vazia de um contrato de emprego é aceita tendo em vista a ausência de regulamentação do art. 7º, I, da CF e pela duvidosa validade da denúncia da Convenção n. 158 da OIT pelo Brasil. Mas, além disso, a dispensa individual rege-se pelo também Direito Individual do Trabalho, não obrigando o empregador, até então, a motivar a dispensa.

Por outro lado, as dispensas em massa são regidas pelo Direito Coletivo do Trabalho, que possui normas de ordem pública, na medida em que diz respeito a direitos que extravasam a esfera meramente individual, ou seja, interesses coletivos e difusos, pois atingem simultaneamente grupos de trabalhadores e toda a sociedade indiretamente.

Na medida em que as demissões coletivas são matéria afeita à esfera coletiva do Direito do Trabalho, resta afirmar que se demonstra obrigatória a tentativa de negociação coletiva prévia entre as representações sindicais das categorias profissional e econômica envolvidas. Por meio da negociação coletiva as partes podem procurar soluções diversas para lidar com os problemas econômicos atravessados pela empresa sem que seja necessária a dispensa coletiva de trabalhadores.

Ademais, pela prévia negociação coletiva o sindicato profissional pode servir como filtro ético, considerando que pode constatar se os argumentos de uma referida crise são verdadeiros. Ou seja, o sindicato está mais próximo da realidade da empresa, na verdade, está inserido em sua dinâmica econômica, por meio de seus representados e, por isso, tem aptidão para notar se a crise afetou verdadeiramente a empresa que negocia coletivamente.

Partindo dessa premissa formal, da obrigatoriedade da negociação coletiva prévia à dispensa em massa, outra questão de ordem material surge: E se o Sindicato Profissional concordar com a dispensa em massa? O Direito Coletivo do Trabalho impõe, além do requisito formal da obrigatoriedade de prévia negociação coletiva, algum limite de conteúdo à negociação?

Para responder a essa indagação deve-se perquirir acerca das características do direito em pauta na negociação coletiva. Os direitos do trabalhador estão previstos na Constituição Federal e detêm a qualidade da fundamentalidade, compondo o núcleo imutável (e mínimo — com as cláusulas de não retrocesso social) da Carta Magna.



Ademais são direitos de ordem pública, voltados para a sociedade de trabalhadores considerados hipossuficientes em suas relações com “o patrão”. Por tal razão detêm estes direitos laborais a qualidade da indisponibilidade.

A fundamentalidade e a indisponibilidade não são caracteres que tornem os direitos trabalhistas irrestritos. Os direitos fundamentais podem sofrer restrições tanto em seu exercício quanto para o seu exercício, principalmente, quando há conflito de bens jurídicos tutelados. Ocorre que as restrições ou estão previstas diretamente na Constituição Federal (restrições diretas ou imediatas) ou são colocadas para que o legislador infraconstitucional o faça (restrições legais ou reserva legal), porém em todas as hipóteses princípios supremos preponderam, como da isonomia e suas peculiaridades, da liberdade, da proteção ao hipossuficiente, da boa-fé, da função social da propriedade, dos contratos, da empresa, da eticidade, dentre outros.

O fato é que a negociação coletiva não tem aptidão ou permissão para renunciar (coletivamente) aos direitos trabalhistas das categorias envolvidas. Pela negociação coletiva somente é possível que haja transação de direitos cuja indisponibilidade seja apenas relativa, ou seja, a Constituição Federal deve prever a sua “flexibilização” mediante convenção ou acordo coletivo (art. 7º, VI, XIII, XIV, CF). Nos demais casos, em que não há o permissivo constitucional, os direitos se revestem de indisponibilidade absoluta e não poderão ser transacionados de forma a piorar a situação dos trabalhadores por meio da negociação coletiva. Com efeito, a negociação coletiva cabe para que melhorias nas condições de trabalho sejam implementadas, e a ruptura do pacto laboral, definitivamente, “não é melhoria em qualquer condição” (nem mesmo para a empresa)<sup>(17)</sup>.

No caso em destaque, a despedida arbitrária ou sem justa causa deverá ser regulamentada por lei complementar, tratando-se de restrição legal de direitos, não afeita à negociação coletiva.

Assim, entende-se que a Constituição Federal impõe à negociação coletiva limites materiais, proibindo que a transação coletiva entre os

---

(17) Trata-se do Princípio da Adequação Setorial Negociada. A respeito ler: TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O princípio da adequação setorial negociada no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.



sindicatos representativos leve à extinção em massa dos contratos de trabalho, por se tratar a proteção da relação de emprego de direito de indisponibilidade relativa, porém com restrições adstritas à reserva legal.

Dessa forma, deverão os sindicatos envolvidos na negociação coletiva buscar soluções diversas para o enfrentamento da crise, sem que isso signifique a resolução coletiva dos contratos de trabalho. A propósito, as partes dispõem de ferramentas constitucionais para a solução do impasse, sendo certo que a Carta Maior permite a redução salarial e a redução de jornada pela livre negociação coletiva das partes (art. 7º, VI e XIII, CF), desde que com compensações e alterações momentâneas e isonômicas a setores ou membros da categoria.

Portanto, a defesa da negociação coletiva como forma de evitar a demissão coletiva é um passo rumo à real democracia, rumo ao efetivo uso do Poder do Povo, rumo à valorização do ser humano enquanto cidadão e de valorização do trabalho enquanto elemento vital à sociedade. Uma última ressalva merece ser realizada, a de que as propostas e ideias aqui defendidas só nos servem se possuímos um sistema sindical forte e legítimo, que num ciclo vicioso só se consegue com a liberdade sindical e o direito negocial.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. Valor dos direitos humanos no sistema jurídico brasileiro. *Jornal Carta Forense*, São Paulo, mar. 2008.

GONÇALVES JÚNIOR, Mário. *Ao anular demissão em massa, Judiciário paulista assume responsabilidade do Legislativo*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/38196>> Acesso em: 19.3.2009.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização do pensamento único à consciência universal*. 14. ed. São Paulo: Record, 2007.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O princípio da adequação setorial negociada no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.



VIDOTTI, Tércio José; GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto (orgs.).  
Direito coletivo do trabalho e uma sociedade pós-industrial. In: MALLETT,  
Estêvão. *A negociação coletiva nos Estados Unidos da América*. São Paulo:  
LTr, 2003.

*Sites consultados:*

<<http://www.cartaforense.com.br/>> Acesso em: 19.3.2009.

<<http://www.mte.gov.br/>> Acesso em: 19.3.2009.

<<http://www.stf.jus.br/>> Acesso em: 20.3.2009.

<<http://www.trt02.gov.br/>> Acesso em: 20.3.2009.

<<http://consulta.trt15.jus.br/>> Acesso em: 20.3.2009.

<<http://www.camara.gov.br/>> Acesso em: 20.3.2009.

<<http://jusvi.com/>> Acesso em: 20.3.2009.



# O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE E OS DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

---

*Fábio Lucas Telles de Menezes Andrade Sandim<sup>(\*)</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo do trabalho consiste em investigar a relação entre os direitos humanos aplicáveis na seara trabalhista e o bloco de constitucionalidade por meio da abordagem de temáticas interdisciplinares relacionadas aos Direitos Humanos, ao Direito Internacional, ao Direito Constitucional e ao Direito do Trabalho.

A análise crítica da doutrina, dos textos normativos e da jurisprudência, pertinentes ao assunto, visa à reflexão a respeito dos limites impostos à comunidade, aos particulares e ao Estado em matéria laboral com o intuito de ressaltar a relevância e o conteúdo das normas trabalhistas como medida de efetiva inclusão social e de garantia dos direitos humanos e fundamentais do trabalhador.

Inicialmente, foram traçados elementos concernentes à conceituação de direitos humanos e fundamentais e às dimensões dos direitos humanos.

Em seguida, foram tratados assuntos atinentes à natureza dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e ao trabalho decente.

Por fim, conclui-se a respeito da extensão da concepção de bloco de constitucionalidade como parâmetro de confronto para aferição de

---

(\*) Juiz do Trabalho do TRT da 14ª Região, Titular da Vara do Trabalho de Epitaciolândia (AC). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.



constitucionalidade a fim de verificar a inclusão dos direitos humanos aplicáveis no âmbito das relações de trabalho no complexo integrante do referido paradigma.

## **2. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A Carta Constitucional de 1988 consagra o princípio da prevalência dos direitos humanos a reger o Estado nas relações internacionais (art. 4º, II).

Não há na doutrina uniformidade no tratamento da existência ou não de diferença conceitual entre direitos humanos e direitos fundamentais, pois enquanto alguns utilizam tais expressões como sinônimos, outros indicam distinções.

Os direitos humanos podem ser concebidos como aqueles destinados à preservação da dignidade da pessoa humana consagrados no âmbito internacional, enquanto que os direitos fundamentais são posições jurídicas essenciais extraídas do ordenamento jurídico pátrio que visam a tutelar a dignidade da pessoa humana.

Consoante *Mauricio Godinho Delgado*, “direitos fundamentais são prerrogativas ou vantagens jurídicas estruturantes da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade”.<sup>(1)</sup>

*José Cláudio Monteiro de Brito Filho* expõe que:

“Adotamos essa distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais com a seguinte observação: direitos fundamentais devem ser considerados como os reconhecidos pelo Estado, na ordem interna, como necessários à dignidade da pessoa humana. Não obstante, para nós, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais tenham definições baseadas na necessidade de seu reconhecimento como forma de garantir a dignidade da pessoa humana, eles diferem no sentido de que nem sempre haverá coincidência entre ambos, pois, além de ser comum que, no plano interno dos Estados, nem todos os Direitos Humanos

(1) DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XVI, n. 31, 2006. p. 20.



consagrados no plano internacional sejam reconhecidos, é comum também que alguns direitos só sejam reconhecidos como fundamentais em algum ou alguns Estados. Tome-se o exemplo do acréscimo de 1/3 na remuneração de férias, consagrado como direito fundamental dos trabalhadores pela Constituição Brasileira (art. 7º, XVII) que, somente na situação particular de nosso país, pode ser considerada como desdobramento do direito a justas condições de trabalho. *Idem* para o 13º salário (ainda do art. 7º, agora no inciso VIII).<sup>(2)</sup>

Quanto às características, os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes, inter-relacionados, imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis.

### *2.1. Dimensões dos Direitos Humanos*

Parte da doutrina analisa os direitos humanos e os direitos fundamentais a partir de dimensões com base na evolução histórica do seu reconhecimento, ou seja, na ordem histórica de institucionalização.

Atualmente, alguns doutrinadores têm preferido a expressão dimensão em detrimento da expressão geração, pois esta transmite a ideia equivocada de que as gerações anteriores desaparecem gradativamente do mesmo modo que novas gerações surgem sem a possibilidade de coexistência duradoura.<sup>(3)</sup>

A primeira dimensão compreende os direitos civis e políticos clássicos traduzidos de forma preponderante pelo valor correspondente à liberdade, inerentes à fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

A segunda dimensão abrange os direitos sociais, econômicos e culturais informados pelo valor predominante da igualdade que receberam ênfase no início do século XX.

(2) BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho — trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno*. São Paulo: LTr, 2004. p. 35-36.

(3) PEREIRA, Cícero Rufino. *Efetividade dos direitos humanos trabalhistas*. o Ministério Público do Trabalho e o tráfico de pessoas. São Paulo: LTr, 2007. p. 29.



A terceira dimensão diz respeito aos direitos de solidariedade ou de fraternidade como o direito ao meio ambiente equilibrado, ao progresso, à paz e a outros direitos difusos que surgiram em um panorama fático caracterizado pelo crescimento econômico e industrial.

*Lenza* indica a “quarta geração: segundo orientação de *Norberto Bobbio*, a referida geração de direitos decorreria dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, através da manipulação do patrimônio genético”.<sup>(4)</sup>

Para *Paulo Bonavides* “são direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. (...) Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política”.<sup>(5)</sup>

*Paulo Bonavides* defende ainda a trasladação do direito à paz da terceira para quinta geração, nos seguintes termos:

“o direito à paz está subindo a um patamar superior, onde, cabeça de uma geração de direitos humanos fundamentais, sua visibilidade fica comparavelmente maior. (...) A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos. Tal dignidade unicamente se logra, em termos constitucionais, mediante a elevação autônoma e paradigmática da paz a direito da quinta geração.”<sup>(6)</sup>

*Arion Sayão Romita* emprega o termo “família” em vez de gerações ou dimensões e indica a existência de uma quinta família que envolve os direitos vinculados à utilização dos conhecimentos oriundos da cibernética e da informática, bem assim menciona que na sexta família estão agrupados os direitos relacionados com a globalização, de forma a compreender aqueles que dizem respeito à democracia, à informação correta e ao pluralismo.<sup>(7)</sup>

(4) LENZA, Pedro. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 527.

(5) BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 571-572.

(6) *Ibidem*, p. 583-584.

(7) ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 115-122.



Por fim, parte da doutrina, salvo no caso de admissão para fins didáticos, critica qualquer tentativa de classificação ou de separação dos direitos humanos em classes ou grupos por entender que transmite a ideia de fragmentação, o que seria incompatível com a indivisibilidade e a interdependência características de tais direitos, os quais são consubstanciados em uma unidade complexa.

### ***3. NATUREZA DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS***

Não há uniformidade a respeito da natureza dos tratados e das convenções internacionais sobre direitos humanos quando incorporados ao ordenamento jurídico pátrio.

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, da Carta Magna, com redação da Emenda Constitucional n. 45 de 2004).

No que se refere à natureza dos tratados e convenções sobre direitos humanos que não observarem o disposto no art. 5º, § 3º, da Lei Maior, quatro são as posições: 1) paridade normativa com as leis ordinárias (posição do STF anterior aos julgamentos de 3.12.2008); 2) natureza infraconstitucional, mas supralegal, ou seja, hierarquicamente acima da legislação ordinária e abaixo da Constituição<sup>(8)</sup> (atual

---

(8) Segundo o Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido no STF, “desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei n. 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei n. 10.406/02). (...) Deixo acentuado, também, que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional. A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis



entendimento do STF adotado por maioria no dia 3.12.2008)<sup>(9)</sup>; 3) natureza constitucional<sup>(10)</sup>; e 4) natureza supraconstitucional.

da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo. A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos”. Voto do Ministro Gilmar Mendes proferido em 22.11.2006 no RE n. 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, STF. Disponível em: <[http://www.abdir.com.br/jurisprudencia/jurisp\\_abdir\\_6\\_6\\_07\\_1.pdf](http://www.abdir.com.br/jurisprudencia/jurisp_abdir_6_6_07_1.pdf)> Acesso em: 13.10.2008.

(9) De acordo com a notícia de 3.12.2008, publicada na página eletrônica do STF: “Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) arquivou, nesta quarta-feira (3), o Recurso Extraordinário (RE) 349703 e, por unanimidade, negou provimento ao RE 466343, que discutiam a prisão civil de alienante fiduciário infiel. O Plenário estendeu a proibição de prisão civil por dívida, prevista no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal (CF), à hipótese de infidelidade no depósito de bens e, por analogia, também à alienação fiduciária, tratada nos dois recursos. Assim, a jurisprudência da Corte evoluiu no sentido de que a prisão civil por dívida é aplicável apenas ao responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. O Tribunal entendeu que a segunda parte do dispositivo constitucional que versa sobre o assunto é de aplicação facultativa quanto ao devedor — excetuado o inadimplente com alimentos — e, também, ainda carente de lei que defina rito processual e prazos (...). O ministro Menezes Direito filiou-se à tese defendida pelo presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, que concede aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a que o Brasil aderiu um *status* supralegal, porém admitindo a hipótese do nível constitucional delas, quando ratificados pelo Congresso de acordo com a EC n. 45 (§ 3º do art. 5º da CF). Neste contexto, o ministro Gilmar Mendes advertiu para o que considerou um “risco para a segurança jurídica” a equiparação dos textos dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil é signatário ao texto constitucional. Segundo ele, o constituinte agiu com maturidade ao acrescentar o § 3º ao art. 5º da CF. No mesmo sentido se manifestaram os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, além de Menezes Direito. Foram votos vencidos parcialmente — defendendo o *status* constitucional dos tratados sobre direitos humanos os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100258&caixaBusca=N>> Acesso em: 4.12.2008.

(10) Em voto proferido, o Ministro do STF, Celso de Mello posiciona-se da seguinte forma: “(...) Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 — RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa Celso Lafer, a existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais: (1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição); (2) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC n. 45/04 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza



Para *Flávia Piovesan*, os tratados e convenções sobre direitos humanos são classificados em: a) material e formalmente constitucionais correspondentes às emendas constitucionais em decorrência de procedimento de incorporação mais solene e b) materialmente constitucionais com base no art. 5º, § 1º e § 2º, da Constituição Federal, apesar de não terem seguido o disposto no § 3º do referido dispositivo, com redação da Emenda Constitucional n. 45 de 2004.<sup>(11)</sup>

As diferenças entre os dois grupos indicados por *Flávia Piovesan* são consubstanciadas nas seguintes características inerentes aos direitos material e formalmente constitucionais: a integração formal ao texto constitucional por procedimento solene e a exigência de prévia autorização do Congresso Nacional no procedimento de denúncia (ato de retirada do tratado ou da convenção) na mesma forma indicada no art. 5º, § 3º, da Carta Magna, o que significa que não são passíveis de denúncia unilateral pelo Poder Executivo.<sup>(12)</sup>

#### 4. TRABALHO DECENTE

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho durante a Octogésima sexta reunião, realizada em Genebra e cujo encerramento foi declarado em 18 de junho de 1998, consagrou a Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, com o objetivo de vincular o crescimento econômico ao progresso social, a

---

constitucional, deverão observar o *iter* procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição); e (3) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC n. 45/04 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é “a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados”). (...) existe evidente incompatibilidade material superveniente entre referidas cláusulas normativas e o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), incorporado, em 1992, ao direito positivo interno do Brasil, como estatuto revestido de hierarquia constitucional, por efeito do § 2º do art. 5º da Constituição da República”. 12.3.2008, Tribunal Pleno, *Habeas Corpus*, 87.585-8. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>> Acesso em: 13.10.2008. HC Tocantins.

(11) PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 74.

(12) *Ibidem*, p. 75.



fim de garantir a reivindicação livre de uma participação justa na riqueza produzida e o desenvolvimento do potencial humano, com alcance aos Estados que não ratificaram as convenções pertinentes.

A Declaração da Organização Internacional do Trabalho de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho contempla: a liberdade sindical e o efetivo reconhecimento da negociação coletiva, a eliminação de todas as formas de trabalho forçado e obrigatório, a abolição efetiva do trabalho infantil e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e de ocupação.

*Arion Sayão Romita* realiza uma avaliação crítica da Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais da OIT:

“Ao afirmar que apenas sete entre as 181 convenções então existentes apresentam caráter fundamental, a Declaração rebaixou as demais ao nível de acessórias ou desimportantes, o que prejudica a ratificação. A Declaração não conta com uma base constitucional sólida. Nem a Constituição nem o Regulamento da Conferência Internacional do Trabalho estabelecem distinção quanto à natureza das convenções internacionais. Por fim, não há garantia de que o procedimento previsto pela Declaração para o cumprimento das convenções fundamentais seja efetivado. A única obrigação imposta aos Membros é a de apresentar um relatório anual sobre o estado da legislação e a prática, no que diz respeito aos temas tratados nas convenções fundamentais, não sofrerá outras sanções além das de caráter moral.”<sup>(13)</sup>

*José Cláudio Monteiro de Brito Filho* entende que a dignidade é o parâmetro para definir o que deve ser considerado integrante dos Direitos Humanos para fixação dos direitos mínimos correspondentes ao trabalho decente, os quais devem ser extraídos do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas e das Convenções Fundamentais da Organização Internacional do Trabalho, que tratam da liberdade sindical (87 e 98), da

(13) ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 228.



proibição de trabalho forçado (29 e 105), da proibição de trabalho abaixo de uma idade mínima (138 e 182) e da proibição de discriminação (100 e 111).<sup>(14)</sup>

Para *José Cláudio Monteiro de Brito Filho*, trabalho decente é aquele em que são respeitados os direitos mínimos do trabalhador, necessários à preservação de sua dignidade, compreendendo a existência de trabalho, a liberdade de trabalho, a igualdade no trabalho, remuneração justa, preservação da saúde e da segurança, a proibição do trabalho infantil, a liberdade sindical e a proteção contra os riscos sociais.<sup>(15)</sup>

#### **5. BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE E DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

Segundo *Miguel Josino Neto*, a doutrina estrangeira aponta que o marco da definição da figura do bloco de constitucionalidade foi a decisão do Conselho Constitucional da França, de 16 de julho de 1971, que conferiu natureza normativa constitucional ao *Preâmbulo* da Constituição francesa de 1958.<sup>(16)</sup>

(14) BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel *et al.* (coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 126-127.

(15) *Ibibem*, p. 126.

(16) O referido autor indica que “como registra Bernardo Leônico Moura Coelho (O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança (*sic*). In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 123, p. 259 e ss.), ‘a figura jurídica do bloco de constitucionalidade é de criação recente nos países europeus, notadamente na França, e, agora, começa a ser difundida no continente americano’. A literatura nacional ainda é escassa a respeito desse assunto, extremamente importante para o Direito Constitucional. Com efeito, o bloco de constitucionalidade ‘se refere a uma densidade de princípios, acima mesmo da Constituição do país’ (COELHO, Bernardo Leônico Moura. *Op. cit.*, p. 264). A noção de bloco de constitucionalidade, aprendemos na Sorbonne, envolve uma criação de Direito Constitucional realizada pelo órgão encarregado do controle de constitucionalidade das leis, no caso brasileiro, pelo Supremo Tribunal Federal. A doutrina alienígena registra que o *leading case* que marcou a definição do bloco de constitucionalidade foi a decisão do Conselho Constitucional da França, de 16 de julho de 1971, que estabeleceu as bases do valor jurídico do Preâmbulo da Constituição de 1958, o qual inclui em seu texto o respeito tanto à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como também ao Preâmbulo da Constituição de 1946 (que continha uma declaração de direitos econômicos e sociais). Este, por sua vez, faz referência aos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República. Ou seja, tudo estava integrado à Constituição Francesa. Como bem resumem Louis Favoreu e Loïc Philip (*Les grandes décisions du*



Para *Pedro Lenza* “busca-se fixar, com clareza para o direito brasileiro, o conceito de **bloco de constitucionalidade**, qual seja o que deverá servir de parâmetro em relação ao qual se possa realizar a confrontação e aferir a constitucionalidade”.<sup>(17)</sup>

Logo, o bloco de constitucionalidade corresponde ao conjunto de elementos que servem como paradigma de confronto para aferição da constitucionalidade.

No tocante ao bloco de constitucionalidade, duas correntes despontam. A vertente restritiva prega que o parâmetro seria integrado apenas pelas normas e princípios expressos e implícitos da Constituição escrita. A posição ampliativa indica que o paradigma engloba valores suprapositivos, e não somente as normas formalmente constitucionais.

No direito brasileiro, prevalece atualmente concepção restritiva de bloco de constitucionalidade, no sentido de abranger apenas as normas expressas e implícitas no texto constitucional, embora não se tenha eliminado totalmente a possibilidade de perspectiva ampliativa de bloco de constitucionalidade.

O jurista *Pedro Lenza* expõe que:

“A tendência ampliativa nos parece tímida na jurisprudência brasileira que adotou, do ponto de vista jurídico, a ideia de **supremacia formal**, apoiada no conceito de **rigidez constitucional** e na conseqüente obediência aos **princípios e preceitos decorrentes da Constituição**. Nesse sentido, Bernardes observa que “... no direito brasileiro prevalece a restrição do parâmetro direto de controle — que aqui poderia ser chamado de *bloco de*

---

*conseil constitutionnel*. 6. ed. Paris: Sirey, 1991. p. 242), a decisão do Conselho Constitucional é importante e muito significativa, pois ‘consagra de maneira definitiva o valor jurídico do Preâmbulo; alarga a noção de conformidade à Constituição; aplica ‘os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República’; afirma o papel do Conselho como protetor das liberdades fundamentais e faz da liberdade de associação uma liberdade constitucional.’ É certo que antes mesmo de 1971 o Conselho Constitucional já havia dado uma interpretação extensiva do conceito de Constituição, englobando as leis orgânicas no bloco de constitucionalidade, ‘dando, assim, um sentido mais amplo à noção de Constituição’ (FAVOREU, Louis; PHILIP, Loïc. *Op. cit.*, p. 248, tradução nossa)”. JOSINO NETO, Miguel. *O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3619>> Acesso em: 29.9.2008.

(17) LENZA, Pedro. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 128.



*constitucionalidade em sentido estrito* — às normas contidas, ainda que não expressamente, em texto constitucional (normas formalmente constitucionais)”.<sup>(18)</sup>

O Ministro Celso de Mello em voto proferido no dia 12.3.2008, em *Habeas Corpus* n. 87.585-8-Tocantins, Tribunal Pleno, adota a seguinte perspectiva referente ao bloco de constitucionalidade:

“(…) O Juiz, no plano de nossa organização institucional, representa o órgão estatal incumbido de concretizar as liberdades públicas proclamadas pela declaração constitucional de direitos e reconhecidas pelos atos e convenções internacionais fundados no direito das gentes. Assiste, desse modo, ao Magistrado, o dever de atuar como instrumento da Constituição — e garante de sua supremacia — na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular. É dever dos órgãos do Poder Público — e notadamente dos juízes e Tribunais — respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana. O respeito e a observância das liberdades públicas impõem-se ao Estado como obrigação indeclinável, que se justifica pela necessária submissão do Poder Público aos direitos fundamentais da pessoa humana. (...) É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n. 45/04, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere

(18) Pedro Lenza indica que: “Em relação à perspectiva ampliativa, o Min. Celso de Mello (Inf. 258/STF) vislumbra possam ser ‘...considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado’. E completa: “não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar — distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico — que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual (RTJ 71/289, 292 e 77/657)”. LENZA, Pedro. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 128-129.



natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de *bloco de constitucionalidade*.<sup>(19)</sup>

*Miguel Josino Neto* defende a concepção ampliativa e ilimitada de bloco de constitucionalidade de forma a abranger todos os princípios derivados da Constituição enquanto unidade, como o princípio da democracia, o princípio federativo, o princípio do Estado de Direito e o princípio do Estado Social, o preâmbulo da Carta, os princípios gerais próprios do sistema adotado e os princípios suprapositivos imanentes à própria ordem jurídica, o que preleciona ser imprescindível para o crescimento e o fortalecimento dos direitos fundamentais do homem.<sup>(20)</sup>

Os direitos humanos laborais correspondem às posições jurídicas de caráter tipicamente trabalhista previstas no âmbito internacional e destinadas à tutela da dignidade do trabalhador.

(19) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* n. 87.585-8-Tocantins, voto proferido em 12 de março de 2008, Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>> Acesso em: 13 out. 2008.

(20) Miguel Josino brilhantemente preleciona: “Por isso, podemos dizer que o bloco de constitucionalidade é maior que a própria Constituição na medida em que aumenta significativamente as disposições dotadas de densidade constitucional, inserindo-se, nesse contexto, “toda uma série de regras ou de princípios que modificam a natureza dos direitos e liberdades” (FAVOREU, Louis; PHILIP, Loïc. *Op. cit.*, p. 249). Em síntese, “as possibilidades de extensão do bloco de constitucionalidade são doravante praticamente ilimitadas” (*idem*, p. 249). O conceito de bloco de constitucionalidade não se limita às disposições singulares do direito constitucional escrito. De um lado, essa ideia abrange todos os princípios constantes do texto constitucional. Por outro, esse conceito abarca, igualmente, todos os princípios derivados da Constituição enquanto unidade, tais como o princípio da democracia, o princípio federativo, o princípio da federação, o princípio do Estado de Direito, o princípio da ordem democrática e liberal e o princípio do estado social, além do preâmbulo da Carta, os princípios gerais próprios do sistema adotado e, inclusive, princípios suprapositivos imanentes à própria ordem jurídica. O reconhecimento da existência do bloco de constitucionalidade é fundamental para a própria democracia enquanto caminho da progressão para a igualdade, como definiu Hans Kelsen (*Vom wesen und wert der democratie*. 2. ed. Tuebrngen, 1929. p. 3 a 15). Sem democracia ocorre a perpetuação das desigualdades, o estímulo às injustiças e discriminações com a conseqüente eternização dos conflitos sociais. A democracia se não acaba, pelo menos atenua os privilégios, tornando mais concreto e eficaz o princípio constitucional da igualdade. A democracia é sempre o melhor caminho. Um Direito Constitucional moderno e com vocação de transcendência histórica tem que reconhecer a importância e o prestígio do bloco de constitucionalidade, que 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”. JOSINO NETO, Miguel. *O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3619>> Acesso em: 29 set. 2008.



No entanto, a proteção ao trabalhador não está restrita às posições jurídicas indicadas no parágrafo anterior, pois há direitos humanos que, embora não sejam tipicamente trabalhistas, também são aplicáveis às relações de trabalho, como os direitos de personalidade, dentre os quais se destacam a privacidade, a intimidade, a imagem e a honra.

*Héctor-Hugo Barbagelata* trata do bloco de constitucionalidade dos direitos humanos laborais da seguinte forma:

“Uma vez que se reconhece, com todas as suas conseqüências, que o Direito do Trabalho integra o sistema dos Direitos Humanos, e que nesse sistema consta o especificado com tal alcance no próprio texto da Constituição de cada país, também os instrumentos internacionais de toda classe, em particular os concebidos como econômicos, sociais e culturais que num determinado tempo convencionou-se chamar de segunda geração, assim como os incluídos nos convênios internacionais de trabalho, pode-se falar, com total propriedade, da existência de um Bloco de Constitucionalidade dos Direitos Humanos Laborais.”<sup>(21)</sup>

Dessa maneira, na linha defendida por *Héctor-Hugo Barbagelata*, as disposições contidas nas normas internacionais relativas a direitos humanos trabalhistas das quais a República Federativa do Brasil seja signatária, como, por exemplo, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU), devem integrar o bloco de constitucionalidade, sem prejuízo dos direitos humanos que, embora não sejam tipicamente trabalhistas, também são aplicáveis às relações de trabalho.

Tal integração ocorre independentemente da discussão a respeito da natureza dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico nacional, já que os aspectos determinantes para fins de aferição da fundamentalidade dos direitos são: a direta vinculação com a dignidade da pessoa humana, a substância

---

(21) BARBAGELATA, Héctor-Hugo. Os princípios de direito do trabalho de segunda geração. In: *Cadernos da AMATRA IV — 7º*. Cadernos de Estudos sobre Processo e Direito do Trabalho, Porto Alegre: HS, 2008. p. 23.



(conteúdo) e a relevância (importância) das posições jurídicas que devem equivaler aos direitos fundamentais indicados expressamente no catálogo constitucional, razão pela qual, ainda que incluídos no plano infraconstitucional, a concepção aberta de direitos materialmente fundamentais tem plena aplicação no sentido da máxima efetividade, a teor do art. 5º, § 2º e § 3º, da Constituição Federal.<sup>(22)</sup>

Nesse sentido, *Ingo Wolfgang Sarlet*:

“No que diz com a hipótese específica dos direitos fundamentais que, por via da abertura propiciada pelo art. 5º, § 2º, da nossa Carta, passam a integrar o nosso catálogo (não importando aqui se de forma automática, ou não), a solução não se revela tão singela ou, pelo menos, tão adequada. Na realidade, parece viável concluir que os direitos materialmente fundamentais oriundos de regras internacionais — embora não tenham sido formalmente consagrados no texto da Constituição — se aglutinam à Constituição material e, por esta razão, acabam tendo *status* equivalente. Caso contrário, a regra do art. 5º, § 2º, também neste ponto, teria o seu sentido parcialmente desvirtuado.”<sup>(23)</sup>

*Canotilho* afirma que:

“O programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao ‘texto’ da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da Constituição, alargando o ‘bloco da constitucionalidade’ a princípios não escritos ou regras constitucionais positivamente plasmadas. (...) O problema dos direitos fundamentais como parâmetro ou norma de referência a ter em conta no juízo da legitimidade constitucional não oferece grandes dificuldades numa Constituição, como a portuguesa, consagradora de um amplo catálogo de direitos, abrangendo direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais. Todos eles são, sem qualquer dúvida, normas de referência obrigatórias em qualquer controle da constitucionalidade de actos normativos. Os únicos problemas que se

(22) Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 106.

(23) SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 145.



podem suscitar dizem respeito aos direitos fundamentais não formalmente constitucionais, isto é, os direitos constantes de lei ordinárias (*sic*) ou de convenções internacionais (cfr. art. 16). Todavia, ou estes direitos são ainda densificações possíveis e legítimas do âmbito normativo-constitucional de outras normas e, conseqüentemente, direitos positivo-constitucionalmente plas-mados, e nesta hipótese, formam parte do bloco de constitu-cionalidade, ou são direitos autônomos não reentrantes nos esquemas normativo-constitucionais, e, nessa medida, entrarão no bloco da legalidade, mas não no da constitucionalidade.”<sup>(24)</sup>

*José Cláudio Monteiro de Brito Filho* entende que a dignidade é o parâmetro para definir o que deve ser considerado integrante dos Direitos Humanos para fixação dos direitos mínimos correspondentes ao trabalho decente, os quais devem ser extraídos do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas e das Convenções Fundamentais da Organização Internacional do Trabalho, que tratam da liberdade sindical (87 e 98), da proibição de trabalho forçado (29 e 105), da proibição de trabalho abaixo de uma idade mínima (138 e 182) e da proibição de discriminação (100 e 111).<sup>(25)</sup>

O professor *Miguel Josino Neto* conclui a respeito do tema em apreço da seguinte maneira:

“Um Direito Constitucional moderno e com vocação de transcen-dência histórica tem que reconhecer a importância e o prestígio do bloco de constitucionalidade, que 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.”<sup>(26)</sup>

(24) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 982.

(25) BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel *et al.* (coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 126-127.

(26) JOSINO NETO, Miguel. *O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3619>> Acesso em: 29.9.2008.



A partir das abordagens anteriormente mencionadas, verifica-se ser essencial que normas trabalhistas relativas a direitos humanos laborais, incluídas aquelas referentes ao trabalho decente, integrem o bloco de constitucionalidade, cuja concepção aberta e ampliativa atende de forma mais adequada aos anseios da humanidade devido ao dinamismo dos fatos, pois a dignidade da pessoa humana está em constante construção no tempo e no espaço, o que exige respostas contextualizadas em lapso hábil aos desafios presentes e futuros.

Assim, os direitos humanos laborais como manifestação da almejada igualdade real devem ser observados como parâmetro na elaboração, interpretação e aplicação das normas, a fim de que seja preservada a constitucionalidade e garantida a dignidade da pessoa humana inerente ao trabalhador, pois, na linha de *Miguel Josino Neto*,<sup>(27)</sup> pode-se concluir que o bloco de constitucionalidade deve ser caracterizado como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais trabalhistas da pessoa humana.

No que diz respeito à concretização dos direitos sociais no âmbito do STF, *João Luiz M. Esteves* afirma:

“As decisões proferidas na Adin N. 1.439-1 e na Adin n. 1.458-7 — fundamentalmente na segunda —, que reafirmam a tendência visualizada no controle difuso, mostram claramente que o Supremo Tribunal Federal adota dogmática tendente a não restringir os direitos da cidadania e a não ter os direitos individuais como núcleo subjetivo dos direitos fundamentais. Encontram-se essas decisões legadas à concepção social de Estado e atribuem à ação estatal a tarefa de efetivar os direitos fundamentais sociais. Mas, contraditoriamente ao verificado em seus próprios julgados — no âmbito do controle difuso da constitucionalidade —, o Supremo Tribunal Federal vacila ao curvar-se à concepção que confere ao Judiciário a função única de legislador negativo, lastreando-se na dogmática tradicional da separação de poderes e impedindo dessa forma a possibilidade de efetividade de preceitos constitucionais por atuação do Judiciário (...). A atuação do Supremo Tribunal Federal por meio do controle concentrado de constitucionalidade, quando necessária à defesa dos direitos

(27) *Idem*.



fundamentais sociais, contrastada com sua atividade no controle difuso na mesma área de direitos, mostrou-se restritiva, e somente é possível detectar posições minoritárias na tendência contrária, como é o caso do Ministro Celso de Mello, que no fundamento da SDPF-45 demonstrou a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal adotar postura efetivadora dos direitos fundamentais sociais. A jurisprudência analisada também demonstra que o Supremo Tribunal Federal é reflexo das tentativas de efetivação de direitos sociais quando a parte violadora desses direitos é o Poder Público constituído. Ao mesmo tempo, por meio de sua jurisdição, mostrou-se complacente às investidas atentatórias à Constituição Federal no núcleo dos direitos fundamentais — incluídos os individuais e sociais — quando os programas propostos pelo sistema financeiro internacional exigem a modificação da ordem constitucional.”<sup>(28)</sup>

Por fim, não obstante a existência de posicionamento no sentido de que no Brasil a delimitação do bloco de constitucionalidade seja tarefa do Supremo Tribunal Federal por meio do controle concentrado, não parece razoável excluir outros órgãos judiciais de primeiro grau ou de instância superior da referida atividade por meio do controle difuso de constitucionalidade, os quais, ainda que de forma incidental, enfrentam questões atinentes ao parâmetro de confronto para a aferição da constitucionalidade na solução de controvérsias.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O bloco de constitucionalidade corresponde ao conjunto de elementos que servem como paradigma de confronto para aferição da constitucionalidade.

Os direitos humanos aplicáveis às relações de trabalho correspondem às posições jurídicas previstas no âmbito internacional e destinadas à tutela da dignidade do trabalhador, compreendidas as de natureza trabalhista, bem como aquelas que, embora não apresentem caráter tipicamente trabalhista, também sejam aplicáveis no âmbito laboral.

(28) ESTEVES, João Luiz M. *Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal*. Coleção prof. Gilmar Mendes; 5. São Paulo: Método, 2007. p. 125 e 131.



A interpretação no sentido de conferir maior eficácia e efetividade às referidas posições jurídicas no campo das relações trabalhistas não só possibilita a tutela mais adequada do trabalhador, como também confere a devida importância às normas internacionais sobre direitos humanos, as quais ainda são utilizadas de forma tímida como fundamentos nas decisões judiciais.

Desse modo, é imprescindível que as normas trabalhistas relativas a direitos humanos laborais, incluídas aquelas referentes ao trabalho decente, sem prejuízo dos direitos humanos, que, embora não sejam tipicamente trabalhistas, também são aplicáveis às relações de trabalho, integrem o bloco de constitucionalidade, independentemente da discussão a respeito da natureza dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, com espeque no art. 5º, § 2º e § 3º, da Constituição Federal.

A concepção aberta e ampliativa de bloco de constitucionalidade atende de forma mais adequada aos anseios da humanidade devido ao dinamismo dos fatos, pois a dignidade da pessoa humana está em constante construção no tempo e no espaço, o que exige respostas contextualizadas em lapso hábil aos desafios presentes e futuros.

Os direitos humanos laborais como manifestação da almejada igualdade real devem ser observados como parâmetro na elaboração, interpretação e aplicação das normas, a fim de que seja preservada a constitucionalidade e garantida a dignidade da pessoa humana inerente ao trabalhador.

Ademais, os direitos humanos são indivisíveis e interdependentes, de forma que os direitos civis e políticos reconhecidos como de primeira dimensão, bem como aqueles qualificados pela solidariedade (reconhecidos como de terceira dimensão), apenas apresentam máxima efetividade mediante a concretização dos direitos sociais, abrangidas as posições jurídicas de natureza trabalhista.

## ***7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS***

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. Os princípios de direito do trabalho de segunda geração. In: *Cadernos da AMATRA IV — 7º*. Cadernos de estudos sobre processo e direito do trabalho. Porto Alegre: HS, 2008.



BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ — Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 6, set. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 22.10.2008.

BELTRAMELLI NETO, Sílvio. *Limites da flexibilização dos direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel *et al.* (coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006.

\_\_\_\_\_. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho — trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno*. São Paulo: LTr, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XVI, n. 31, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. *O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2008.

ESTEVES, João Luiz M. *Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal* — coleção prof. Gilmar Mendes; 5. São Paulo: Método, 2007.

FREITAS JR., Antônio Rodrigues. *Direito do trabalho e direitos humanos*. Leme: BH, 2006.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador* — um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra. São Paulo: LTr, 2007.

\_\_\_\_\_. *Dignidade do trabalhador* — um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra. Tese (Doutorado em Direito) — Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

JOSINO NETO, Miguel. *O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3619>> Acesso em: 29.9.2008.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.



MARQUES, Rafael da Silva. *Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: LTr, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2003.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

PEREIRA, Cícero Rufino. *Efetividade dos direitos humanos trabalhistas: o Ministério Público do Trabalho e o tráfico de pessoas*. São Paulo: LTr, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.



## PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO SOCIAL AO TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E MULTICULTURALISMO

---

*Evanna Soares<sup>(\*)</sup>*

*RESUMO: Nas sociedades democráticas contemporâneas caracterizadas pelo pluralismo, as pessoas com deficiência, enquanto grupo minoritário dotado de especificidades e historicamente alvo de discriminação, demandam proteção jurídica coletiva com base nos Direitos Humanos, visando à inclusão social, econômica e cultural. O Multiculturalismo fornece suporte teórico para a convivência entre as diferenças na mesma sociedade. No Brasil, a Constituição de 1988 assegura, a partir dos princípios da igualdade substancial e da dignidade humana, reforçados pela aprovação, em 2008, em nível de Emenda Constitucional, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a adoção de ações afirmativas visando à referida inclusão, por meio do trabalho — um dos fundamentos da República. Mas a proteção dada pelo ordenamento jurídico ainda é insuficiente para a efetiva inserção das pessoas com deficiência no trabalho, como indica o estado de inferioridade em que se encontram, detectado pelos dados oficiais.*

*PALAVRAS-CHAVE: Multiculturalismo. Direitos humanos. Pessoa com deficiência. Discriminação. Inclusão no trabalho.*

*ABSTRACT: Social law constitutional protection to the labor of the impaired and multiculturalism. In contemporary democratic societies*

---

(\*) Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA, Buenos Aires). Pós-graduada (Especialização) em Direito Processual (UFPI, Teresina). Mestranda em Direito Constitucional (Unifor, Fortaleza). Procuradora Regional do Ministério Público do Trabalho na 7ª Região (CE).



*characterized by pluralism, physically impaired people, a specific minority group which has been historically discriminated against, demand collective juridical protection, based on Human Rights, aiming at social, economical and cultural inclusion. Multiculturalism offers theoretical support to the sociability of differences within the same society. 1988 Brazilian Constitution, based on the principles of substantial equality and human dignity, both reinforced in 2008 by the creation of a Constitutional Amendment derived from the United Nations Convention on the Rights of the Impaired, guarantees the adoption of affirmative actions, aiming at social inclusion through labor-one of the bedrocks of the Republic. Nevertheless, the protection offered by the juridical ordering is still scanty for an effective insertion of the impaired in the labor force, given the inferior condition in which they are found, as indicated by official data.*

*KEYWORDS: Multiculturalism. Human rights. The impaired. Discrimination. Insertion in the labor force.*

## INTRODUÇÃO

As pessoas com deficiência constituem grupo minoritário historicamente alijado e discriminado nas diversas sociedades, vindo a merecer alguma atenção depois da Segunda Grande Guerra.

A teoria dos direitos humanos, inicialmente voltada para os direitos individuais, notadamente o direito à igualdade, em um segundo momento concebeu os direitos sociais, econômicos e culturais, de natureza coletiva, os quais, no mundo contemporâneo plural, buscam no Multiculturalismo os fundamentos para proteção e respeito aos grupos minoritários existentes em uma mesma sociedade, discriminados em razão de suas diferenças.

No caso do Brasil, são os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial, somados aos primados da solidariedade, da justiça social e da não discriminação, que propiciam a fundamentação para a proteção às pessoas com deficiência, visando a incluí-las na sociedade e na economia, por meio do trabalho.

Este artigo tem o objetivo geral de analisar a proteção conferida pela Constituição de 1988 às pessoas com deficiência, coletivamente



consideradas, à luz do Multiculturalismo, focalizado o aspecto da inclusão no *trabalho*. E, como objetivos específicos, busca examinar a compatibilidade da legislação ordinária pertinente ao tema com os princípios contidos na mesma Lei Maior, orientadores daquela proteção, pretendendo, ainda, identificar os meios eleitos pelo legislador nacional para implementar a referida inclusão dos trabalhadores com deficiência.

Indaga-se, então, se a Constituição brasileira vigente garante proteção às pessoas com deficiência, enquanto membros do grupo social minoritário, de modo a inseri-las no trabalho, e se tal discriminação positiva é compatível com os referidos princípios constitucionais.

A pesquisa é de natureza qualitativa, realizada na legislação e na doutrina, com fins descritivos. Quanto ao resultado, é pura ou destinada ao conhecimento, apenas, sem pretensão de transformar o objeto focalizado. São adotados os métodos dedutivo e indutivo.

Primeiramente, são focalizados os direitos sociais como direitos humanos, na perspectiva do Estado Liberal e do Estado Social, bem assim a sua fundamentação e eficácia, além da posição no constitucionalismo brasileiro. No segundo capítulo cuida-se dos direitos humanos e dos direitos coletivos das minorias discriminadas, sopesados segundo a teoria liberal e a teoria comunitarista, identificando-se, entre as minorias, as pessoas com deficiência e o reconhecimento de seus direitos nos Estados plurais, ressaltada a importância do Multiculturalismo para esse mister. O terceiro capítulo trata especificamente da proteção dada pela Carta Constitucional de 1988 ao referido grupo minoritário, destacando-se a recente adoção, pelo País, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e as medidas legislativas anteriormente em vigor destinadas à sua proteção. O último capítulo dedica-se a perscrutar os fundamentos constitucionais para a inserção no trabalho da pessoa com deficiência, evidenciando as diversidades internas no próprio grupo, tendo em vista os vários tipos de deficiência, bem como as modalidades de inserção, as ações afirmativas e a inclusão dos trabalhadores com deficiência no emprego privado e no setor público.

Dá-se preferência, neste artigo, para identificar o grupo diferenciado sob exame, em vez da usual expressão *pessoa portadora de*



*deficiência*, à designação mais adequada e recentemente abraçada pelo ordenamento jurídico brasileiro, isto é, *pessoa com deficiência*, nos termos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, das Nações Unidas.

### 1. OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS HUMANOS

A expressão *direitos humanos*, nada obstante a ambiguidade que carrega, uma vez que é explicada por si mesma, segundo *Pérez Luño* (1995. p. 48), pode ser definida como “[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos nos planos nacional e internacional”.

É conhecida a tradicional e didática classificação dos direitos humanos apresentados em gerações (ou dimensões), a partir das necessidades postas em relevo em determinados períodos da história, pela sociedade, identificando-se, na primeira geração, os direitos individuais de liberdade, que demandam um não agir do Estado ou prestações negativas. A segunda geração é formada pelos direitos sociais, econômicos e culturais, carecedores de prestações positivas estatais. Na terceira geração identificam-se os direitos de solidariedade, havendo, também, anúncio de uma quarta geração, reclamada pelas pesquisas biológicas (BOBBIO, 2004. p. 25-26 e 41).

Os direitos sociais, nesse contexto, são direitos humanos, e se ergueram na onda antiliberal ocorrida no século XX.

São direitos, como assinala *Krell* (2002. p. 19), exercidos não “[...] *contra* o Estado, mas sim direitos *através* do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais”.

Os direitos sociais obrigam o Estado a uma atuação decidida e se diferenciam dos outros direitos exatamente pelo seu caráter prestacional, tratando-se, assim, de “[...] direitos diferentes, em última instância, com uma concepção diferente da liberdade [...]”, quer dizer, sob a ótica dos direitos individuais, entende-se “[...] a liberdade como a ausência de coação que garante um âmbito de autonomia [...]”, ao passo que, nos direitos sociais, tem-se uma “[...] liberdade real que



exige a remoção de obstáculos econômicos e sociais para o seu exercício [...]”, como observa *Martínez de Pisón* (2001. p. 181-182).

### *1.1. Direitos sociais e liberalismo*

O paradigma do Estado liberal é o indivíduo, perante o qual deve ter uma postura neutra, bastando-lhe assegurar os direitos individuais.

A postura liberal — aquele não agir estatal que veio a caracterizar os direitos humanos de primeira geração — surgida no final do século XVIII com as Revoluções Americana e Francesa, concebe o direito à igualdade perante a lei como reação aos privilégios reinantes no absolutismo.

Como evidencia *Gomes* (2001. p. 130), no Estado liberal “[...] a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais”. É a igualdade meramente formal, com a qual se supõe tenha o cidadão condições de viver e progredir à custa do próprio esforço.

Nesse universo liberal não há espaço para o reconhecimento dos direitos sociais com *status* de direitos humanos, uma vez que, como visto, deve o Estado manter-se inerte, sendo-lhe suficiente respeitar os direitos individuais — únicos considerados direitos humanos pelo liberalismo.

### *1.2. Direitos sociais e Estado social*

No entanto, esse modelo adotado pelo Estado liberal, isto é, de assegurar a igualdade formal, não se mostrou capaz de socorrer os menos favorecidos, posto que não estavam no mesmo patamar daqueles em melhor situação social e econômica. Não se ofertou a igualdade *substancial*, portanto.

Tal igualdade *substancial* ou *material* é resultante da *nova visão* inspiradora do Estado Social de Direito, e “[...] propugna redobrada atenção por parte do legislador e dos aplicadores do Direito à variedade das situações individuais e de grupo, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa



dos interesses [...]” dos menos favorecidos dentro da sociedade (GOMES, 2001. p. 131).

Então, os direitos sociais, admitidos para as coletividades ou grupos, encontram no Estado Social o reconhecimento e a força para serem implementados, visando à redução das desigualdades sociais e econômicas na busca do ideal de justiça social, fazendo surgir — como explica *Gomes*, citando *Piovesan* (2001. p. 131) — no Direito Internacional dos Direitos Humanos, a política de tratamento específico às coletividades fragilizadas socialmente, observados seus traços característicos diferenciados, de sorte que a concepção do indivíduo abstrato e imaterial do Estado liberal foi substituída pelo “[...] indivíduo especificado, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça etc.”.

### *1.3. Fundamentação e eficácia dos direitos sociais*

O problema da fundamentação dos direitos sociais apresenta-se como insolúvel, segundo *Bobbio* (2004. p. 41-44) e *Pérez Luño* (1995. p. 61), mesmo porque não existe um fundamento absoluto para os direitos humanos, na opinião do filósofo italiano, uma vez que têm sido confrontadas pela doutrina as *liberdades* próprias dos tradicionais direitos individuais, com os *poderes* que caracterizam os direitos sociais, a ponto de inviabilizar a sua coexistência (BOBBIO, 2004. p. 41). Mas não se pode deixar de reconhecer que tanto os direitos individuais, quanto os coletivos, independente de postarem-se em situação antagônica, são alvo, na prática, não raramente, de descumprimento, embora positivados no direito interno dos Estados.

Importante pôr em relevo, porém, como ressalta *Bobbio* (2004. p. 43), que “o problema fundamental dos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*” — o que constitui um problema político, e, não, filosófico — devendo-se “[...] buscar em cada caso concreto, os *vários fundamentos possíveis* [...]”. *Martínez de Pisón* (2001. p. 183-186) rejeita a corrente de pensamento que vê nos direitos sociais “[...] meras reclamações ou exigências que se podem conceder ou não por razões políticas [...]”, isto é, singelas *pretensões*, apoiado na postura adotada pelas Nações Unidas a partir dos anos oitenta do século XX, no sentido de que não podem existir



liberdades individuais nem o adequado exercício dos direitos civis e políticos, sem a implementação dos direitos sociais, e assegura que tanto os direitos individuais como os direitos sociais, culturais e econômicos são direitos fundamentais, com a mesma estatura.

Assim, para *Martínez de Pisón* (2001. p. 207), os direitos sociais, como direitos humanos, fundamentam-se “[...] na existência de necessidades básicas, objetivas, universais e contingentes, das quais derivam o compromisso moral de sua satisfação [...], em todos os âmbitos, [...] com o objetivo de evitar pobreza e miséria, privações e danos físicos e psíquicos nas pessoas [...]”.

E a inegável dificuldade para implementação dos direitos sociais, mormente porque demandam vultosos gastos para atendimento das prestações positivas, não se presta para lhes negar a natureza de direito humano, muito menos a eficácia, devendo, sim, o Estado, segundo *Bidart Campos*, citado por *Krell* (2002. p. 23), “[...] desenvolver e executar políticas de bem-estar no vasto campo das necessidades primárias dos homens que se encontrem numa situação de hipossuficiência, marginalidade, carência[...]”, valendo-se de “[...] políticas de emprego, políticas alimentárias, políticas habitacionais, políticas de educação e saúde etc.”.

#### *1.4. O constitucionalismo brasileiro e direitos sociais*

A onda de constitucionalização dos direitos sociais, iniciada na segunda década do século XX com as Constituições do México de 1917 e da República Alemã (1919), chegou ao Brasil pela Constituição de 1934 (KRELL, 2002. p. 19).

Como se constata na compilação das Constituições brasileiras feita por *Campanhole* (1999), essa Carta de 1934 continha disposições, a partir do art. 115, acerca da Ordem Econômica e Social, inclusive direitos relacionados ao trabalho. A Constituição de 1937, nos arts. 135 e seguintes, ao dispor sobre a Ordem Econômica, também traçou preceitos gerais sobre o trabalho. A Constituição de 1946, igualmente dispoendo sobre a Ordem Econômica e Social, nos arts. 145 e seguintes, consagrou como princípios a justiça social, a liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho humano, que deveriam ser conciliados, enumerando, ainda, preceitos de direito do trabalho e previdência social. A



Constituição de 1967 e respectiva Emenda Constitucional n. 1, de 1969, prosseguiram nessa linha de reconhecimento tímido dos direitos sociais, praticamente limitados a assegurar, dentro da Ordem Econômica e Social, os direitos trabalhistas mínimos (confira-se, respectivamente, nos arts. 157 e seguintes e arts. 160 e seguintes).

A Constituição republicana de 5.10.1988 (BRASIL. Presidência da República) é que, não mais como apêndice da Ordem Econômica e Social, mas, sim, entre os direitos e garantias fundamentais, proclama extenso rol de direitos sociais (arts. 6º a 11), com menção expressa à educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, além de estabelecer os direitos mínimos dos trabalhadores urbanos e rurais e traçar as regras dos direitos sindicais, de greve e de participação e representação dos trabalhadores.

Convém salientar, neste tópico, que, no Brasil, considerado o exposto texto constitucional, não há dúvida de que os direitos sociais constituem direitos fundamentais, garantida a aplicação imediata, conforme letra do art. 5º, § 1º, da vigente Carta Constitucional, excetuados os casos previstos na própria Constituição, a depender de regulamentação, por exemplo, o direito ao adicional de atividade penosa no setor privado, instituído no art. 7º, XXIII, e, ainda hoje, pendente.

## ***2. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS COLETIVOS DAS MINORIAS***

As minorias, ao longo da história, em desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, como assevera *Lopes* (2008. p. 19), “[...] têm sido eliminadas, assimiladas ou discriminadas [...]”, em vez de respeitadas e protegidas.

Tal situação adquiriu maior questionamento no final do século XX e início deste século XXI por força dos movimentos migratórios nas sociedades contemporâneas, provocados por questões econômicas e políticas (PÉREZ LUÑO, 2003. p. 119), enfim, pelo próprio processo de globalização. Detecta-se, então, o problema naqueles Estados até então caracterizados pela unidade nacional, diante de reivindicações para que sejam asseguradas as tradições culturais e fazerem-se



respeitar os direitos humanos das minorias, tolerando-se e convivendo-se com a pluralidade religiosa, linguística, étnica, cultural, enfim, com as diferenças dos grupos sociais.

### *2.1. Definição de minorias e multiculturalismo*

O termo *minorias*, segundo *Lopes* (2008. p. 20), recebeu de *Capotorti* “dois tipos de critérios” para ser definido:

a) critérios objetivos:

— a existência em um Estado de um grupo de pessoas com características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes ou distintas do resto da população;

— a diferença numérica (do grupo minoritário) em relação ao resto da população;

— a posição não dominante desse grupo minoritário.

b) critério subjetivo:

— o desejo das minorias de preservarem os elementos particulares que as caracterizam, ou seja, a vontade comum do grupo de conservar seus rasgos distintivos.

Importante ressaltar que, nem sempre, a diferença numérica será bastante para caracterizar um segmento social minoritário, como pode ocorrer, por exemplo, com as mulheres no Brasil, as quais superam, em quantidade, a população masculina, devendo ser aplicado, em casos tais, o critério objetivo da “posição não dominante” do grupo, ou seja, “[...] a sua exclusão social e a falta de participação nas decisões políticas [...], como salienta *Lopes* (2008. p. 20).

A referida definição tradicional de *Capotorti*, porém, por ser restritiva, na medida em que se reporta apenas a características étnicas, religiosas e linguísticas, recebe críticas e ampliações, notadamente de *Semprini*, citado por *Lopes* (2008. p. 20-21), devendo ser adotadas, também, “[...] outras características passíveis de ser aplicadas na



definição, levando-se em consideração a cultura e a realidade de cada sociedade [...], de sorte a conceituar-se *minoría* como “[...] todo grupo humano, cujos membros tenham direitos limitados ou negados apenas pelo fato de pertencerem a esse grupo [...]” — como arremata *Lopes* (2008. p. 21).

A definição de minorias, no entanto, não é pacífica na doutrina, podendo-se, nada obstante, entendê-las também como grupos compostos de pessoas em situação de vulnerabilidade.

Merece ser ressaltado, outrossim, que, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, solidificou-se, oficialmente, a ideia de *igualdade* entre os homens, fazendo surgir movimentos políticos contestadores da estratificação étnica e racial herdada do período anterior à Segunda Grande Guerra, bem assim a contestação de “[...] outros tipos de hierarquias, como o gênero, a deficiência e a orientação sexual [...]” (KYMLICKA, 2008. p. 221).

Nesse contexto, surge o *Multiculturalismo*, com vistas à convivência, na mesma região ou país, de culturas distintas identificadas em grupos ou coletividades integrantes da sociedade contemporânea, marcada pelo pluralismo.

## 2.2. Visão liberal e visão comunitarista

O reconhecimento de direitos humanos, notadamente de direitos sociais, aos grupos minoritários, no seio desses Estados plurais, à luz do Multiculturalismo, é alvo de debates entre os teóricos liberais e os comunitaristas.

De modo sintético, pode-se afirmar que, para os liberais, deve prevalecer o universalismo, quer dizer, os direitos das pessoas e os valores culturais são concebidos “[...] como garantias universais, independentes das contingências da raça, língua, sexo, religiões ou convicções religiosas” (PÉREZ LUÑO, 2003. p. 120).

Outrossim, conforme *Cittadino* (2004. p. 129), os liberais, relativamente às prioridades democráticas, privilegiam os “[...] direitos fundamentais em detrimento da soberania popular [...]”, na medida em que “[...] associam o pluralismo às diversas concepções individuais acerca da vida digna [...]”. A existência do pluralismo justifica a



neutralidade estatal característica da visão tradicional do Estado Liberal. Aqui, levam-se em conta as “liberdades dos modernos” (as de consciência, de expressão e religiosa, além dos direitos individuais em geral), ainda de acordo com *Cittadino* (2004. p. 144), quando se consideram as limitações ao processo democrático. Em suma, a autonomia privada prevalece sobre a autonomia pública.

O comunitarismo, por sua vez, identificado por *Pérez Luño* (2003. p. 121-122) como “movimento cultural emblemático da pós-modernidade”, conforme o mesmo autor, trilha por dois caminhos.

Um, do qual são expoentes *Charles Taylor* e *Michael Walzer*, recupera, de certa forma, os valores do Iluminismo e da Modernidade, a partir da releitura das teorias de *Hegel*, valendo-se da ideia comunitária que exclui uma interpretação individualista. Assim, acreditam “[...] que os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados traduzem mais a vontade e a autodeterminação da comunidade do que um espaço de independência individual em relação à autoridade estatal ou aos demais indivíduos [...]”, como observa *Cittadino* (2004. p. 161). O outro caminho, ainda de acordo com *Pérez Luño* (2003. p. 122), capitaneado por *Alasdair MacIntyre*, volta mais ainda no tempo, à tradição de *Aristóteles*, opondo-se à Modernidade na medida em que adota uma postura nostálgica da própria compreensão pré-moderna de comunidade.

Os comunitaristas — como salienta *Cittadino* (2004. p. 144-145) — concebem a pluralidade dentro das sociedades democráticas contemporâneas, invertendo “[...] a perspectiva liberal na medida em que dão primazia à autonomia pública [...]”, à moda das “liberdades dos antigos”, em que o processo democrático tem como elementos constitutivos “os direitos políticos de participação”, não prevalecendo a vontade da maioria, mas, sim, a vontade comum, fruto do entendimento ético decorrente de uma política deliberativa.

*Will Kymlicka* (2008. p. 217-243), diante de incompreensões e críticas que induzem ao entendimento de que o multiculturalismo é incompatível com os direitos humanos, porque aquele seria relativista e privilegiaria apenas os grupos, enquanto os direitos humanos são universalistas e dão relevo ao indivíduo, assegura que, longe de excluírem-se um ao outro, o multiculturalismo, na verdade, constitui “um novo



estágio do desenvolvimento gradual da lógica dos direitos humanos”, sendo certo que a igualdade diz respeito às pessoas, enquanto indivíduos ou povos, tanto que a Declaração dos Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, da ONU (1992), explicitou a ligação entre igualdade e multiculturalismo, despertando-se, aí, a consciência dos grupos minoritários para a reivindicação do direito de igualdade, como direito humano, e, não mais, como mero favor ou caridade das majorias.

Tem-se com *Kymlicka* uma visão liberal renovada que reconhece “[...] a diversidade cultural como fundamento de uma diferenciação dos cidadãos e dos povos [...]”, nas palavras de *Pérez Luño* (2003. p. 122), para quem o filósofo canadense “[...] se apresenta como um liberal sensível a determinadas exigências das teses comunitaristas [...]”, a ponto de confundir sua própria posição liberal.

Nada obstante esse confronto entre liberais e comunitaristas, em que os primeiros centram os direitos humanos no indivíduo, com preponderância sobre os interesses coletivos dos grupos, e os outros focalizam a coletividade, não se pode deixar de ressaltar a posição conciliadora de *Habermas* — expoente do pensamento *crítico-deliberativo* — na expressão de *Cittadino* (2004. p. 2).

Para o filósofo alemão, nas democracias contemporâneas, o pluralismo tem *duas dimensões* que não se excluem — ao contrário, devem coexistir — quais sejam, “[...] a diversidade das concepções individuais acerca da vida digna e a multiplicidade de formas específicas de vida que compartilham valores, costumes e tradições [...]”, segundo registro de *Cittadino* (2004. p. 2).

### ***2.3. As minorias como titulares de direitos coletivos e o confronto direitos coletivos versus direitos individuais***

Apesar do embate teórico ligeiramente explanado no item anterior (2.2), é impossível ao constitucionalismo democrático contemporâneo desconhecer a existência das minorias, como, também, da carga de direitos que lhes assiste enquanto grupos humanos em situação vulnerável, considerados coletivamente.

Tal constatação decorre da própria onda de reivindicações desses grupos verificada nas últimas décadas e da proclamação internacional



constante da Declaração dos Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (ONU, 1992), a qual professa, no art. 3.1, que “as pessoas pertencentes a minorias poderão exercer seus direitos, inclusive os enunciados na presente Declaração, individualmente bem como em conjunto com os demais membros de seu grupo, sem discriminação alguma”.

O obstáculo ao reconhecimento dos direitos coletivos, especialmente no plano doutrinário, representado pelo receio de que esses direitos coletivos suplantem os direitos individuais, tal como concebido pela ideia do liberalismo conservador — temendo-se, em última análise, que em nome da supremacia coletiva proliferem a intolerância à diversidade e o retorno dos Estados nacionais nos moldes do nazismo — vem sendo atenuado pela própria renovação contemporânea das ideias liberais, aproximando-se do comunitarismo, de sorte a reconhecer-se, progressivamente, ao lado dos direitos individuais, os direitos dos povos e das minorias. Respeitam-se, assim, as minorias enquanto minorias.

O embate entre direitos coletivos e direitos individuais, nesse quadro que não se pode resolver, simplesmente, com o estabelecimento de alguma hierarquia, deve ser solucionado de modo a conciliar a existência de ambos, não se podendo perder de vista, no entanto, que o exercício dos direitos coletivos das minorias deve atentar para a restrição preconizada no final do art. 4.2 da referida Declaração (ONU, 1992):

“Art. 4.2. Os Estados adotarão medidas para criar condições favoráveis a fim de que as pessoas pertencentes a minorias possam expressar suas características e desenvolver a sua cultura, idioma, religião, tradições e costumes, salvo em casos em que determinadas práticas violem a legislação nacional e sejam contrárias às normas internacionais.”

Em suma, o exercício dos direitos coletivos, reconhecidos por diferenciação em função do grupo a que pertencem seus integrantes, não pode restringir nem ofender os demais direitos humanos, não se tolerando aquelas práticas culturais que causem danos permanentes aos membros dos grupos, por exemplo, as que envolvam mutilações físicas, ou impeçam o indivíduo de sair do próprio grupo minoritário.



#### ***2.4. Fundamentos para reconhecimento dos direitos das minorias nos Estados multiculturais***

O reconhecimento desses direitos coletivos (sociais) aos grupos minoritários encontra fundamento nos próprios direitos humanos, na medida em que as diferenças entre os homens são *reconhecidas* pelo indivíduo, pela sociedade e pelo Estado.

E os direitos humanos tanto são a *fonte* ou inspiração, como *limite* para os direitos das minorias. Exige-se, com efeito, que as minorias, internamente, também pratiquem os direitos que reivindicam no espaço majoritário, e ajam, relativamente a seus membros, com justiça, tolerância e inclusão — como observa *Kymlicka* (2008. p. 225) — para quem as minorias não podem ignorar as regras de direitos humanos a pretexto do multiculturalismo.

Comporta lembrar, nesse contexto, a observação de *Pérez Luño* (2003. p. 127) acerca da proposição de *Habermas* por ele adotada, relativamente ao que denomina *patriotismo constitucional*, caracterizado pela “[...] atitude cívica de lealdade e adesão a uns valores e instituições socialmente compartilhados [...], vista nas Constituições dos Estados de Direito em vigor como alternativa ideal para guiar a necessidade de convivência com as diferenças no mundo contemporâneo. Tem-se, assim, “o núcleo de valores e bens” informadores do atual “constitucionalismo democrático”, a partir da mescla dos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade herdados do Iluminismo, mais a tolerância e o princípio da dignidade humana, atualizados para a noção de paz, pluralismo e solidariedade, que, desde a origem, acham-se orientados pela noção cosmopolita e universalista. Então, em tais valores também se assentam os fundamentos dos direitos das minorias referenciadas.

#### ***2.5. As pessoas com deficiência como grupo minoritário titular de direitos coletivos***

As minorias podem constituir-se a partir de povos ou grupos dotados de características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes do restante da população, formados, por exemplo, em consequência de movimentos migratórios, mas, também — como enquadra *Freeman*, citado por *López Calera* (2000. p. 58) — de “[...] simples grupos



minoritários com interesses distintos aos da maioria [...]”, entre os quais se identificam as pessoas com deficiência, os homossexuais etc., que demandam direitos especiais, como exemplo as cotas de representação política das mulheres, cuja implementação não se satisfaz mediante o cumprimento dos direitos individuais.

Nesses exemplos de minorias com *interesses e características diferenciados*, notadamente a composta de pessoas com deficiência, o critério hábil a identificá-las como *minoría*, embora também seja considerada a diferença numérica relativamente ao restante da população, é o *objetivo* representado pela “posição não dominante desse grupo minoritário”, bem demarcada, nesse caso, pelo *histórico de alijamento, discriminação e exclusão social baseados apenas na deficiência*.

E é exatamente por meio da proteção dos interesses coletivos desse grupo que se busca realizar significativa parcela dos interesses individuais de seus membros, de maneira a possibilitar a sua inclusão na sociedade, enfim, a propiciar-lhe o respeito aos direitos elementares sonegados pela praxe discriminatória ao longo da história.

Por *discriminação*, no sentido negativo, entende-se a “exclusão ou preferência preconceituosas, conscientes ou inconscientes, expressas ou tácitas, de pessoa ou de grupo específico, por motivos étnicos ou raciais, de gênero, de origem, de características físicas, de opção sexual, além de outros tantos [...]” (FONSECA, 2006. p. 157). A palavra também pode ser utilizada no sentido inverso, segundo este mesmo autor na mesma obra e local, “[...] como um recurso compensatório, positivo, por meio do qual a lei ou o Judiciário municiam com instrumental jurídico pessoas ou grupos de pessoas historicamente vitimados pela discriminação negativa [...]”.

### **3. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

No curso da história da humanidade, as pessoas com deficiência física, mental, intelectual ou sensorial vêm recebendo tratamento variado que vai da fase da Antiguidade — marcada pela sua total exclusão da sociedade, na qual a própria Bíblia as registrou como seres doentes e merecedores apenas de caridade, porque aleijados, cegos,



surdos ou leprosos — aos dias atuais, inaugurados após a Segunda Grande Guerra, geradora de incontáveis mutilados, em que as pessoas com deficiência começaram a ser encaradas como sujeitos de direito e, assim, nada obstante suas limitações, possam viver inseridas na sociedade, reabilitadas e com dignidade, locomovendo-se, trabalhando, associando-se, enfim, atuando como as demais pessoas (TEPERINO, 2001. p. IX).

Essa mudança de tratamento percorreu fases não muito bem demarcadas ao longo da história (LORENTZ, 2006. p. 105), desde a total eliminação ou desprezo da pessoa com deficiência, às fases do assistencialismo, da integração e da inclusão.

As pessoas com deficiência, no Brasil, formam grupo minoritário composto de 14,5% da população brasileira — segundo o último censo demográfico realizado no ano 2000 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (BRASIL. IBGE).

### 3.1. *Antecedentes constitucionais*

A primeira norma constitucional brasileira a mencionar algum direito às pessoas com deficiência foi a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, que, no art. 175, § 4º, previu que lei especial disporia “sobre a [...] educação de excepcionais” (CAMPANHOLE, 1999. p. 324)<sup>(1)</sup>. Seguiu-se a Emenda Constitucional n. 12/78, lembrada por *Araújo* (2008. p. 912) como a pioneira a tratar da questão como um subsistema específico, dando-lhe *status* constitucional, embora não cogitasse, naquele tempo, de *inclusão*. A referida Emenda, em seu único artigo, assegurou “aos *deficientes* a melhoria de sua condição social e econômica”, por meio, especialmente, de “educação especial e gratuita”, “assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País”, “proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários” e possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos” (CAMPANHOLE, 1999. p. 352).

O silêncio das Cartas Constitucionais pretéritas é justificado pela própria ausência do reconhecimento de direitos às pessoas com deficiência no cenário internacional — uma vez que, como se disse

---

(1) Era essa (*excepcionais*) a designação dada, à época, a pessoas com deficiência.



linhas atrás, somente depois da Segunda Grande Guerra é que esse segmento passou a receber tratamento legal condigno.

### *3.2. Previsão na Constituição da República de 1988*

A Carta de 1988 conferiu ampla tutela jurídica ao grupo minoritário focalizado, de modo diferenciado, exatamente para compensar-lhe as deficiências, rumo à igualdade substancial (ALMEIDA, 2008. p. 555-556).

A vigente Constituição da República (BRASIL. Presidência da República) contempla as pessoas com deficiência, expressamente, nos seguintes aspectos: não discriminação de direitos no trabalho (art. 7º, XXXI); competência comum de União, Estados, Distrito Federal e Municípios para sua proteção e garantia (art. 23, II); competência legislativa concorrente de União, Estados e Distrito Federal para sua proteção e integração social (art. 24, XIV); cotas para admissão no serviço público (art. 37, VIII); assistência social para habilitação e reabilitação, bem como integração à vida comunitária (art. 203, IV); assistência social mediante benefício mensal de um salário mínimo, quando hipossuficiente (art. 203, V); educação especializada, de preferência na rede regular de ensino (art. 208, III); criação de programas especiais de prevenção e atendimento, integração social do adolescente, além de acessibilidade a bens e serviços coletivos, com eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos (art. 227, § 1º, II); e previsão, em lei, de normas sobre acesso e locomoção (art. 227, § 2º, e art. 224).

Constata-se, a partir desse elenco, a opção constitucional pela integração e inclusão social das pessoas com deficiência, abandonando-se a segregação que, no passado, ditava o tom do tratamento dispensado a esse grupo.

Para *Slaibi Filho* (2001. p. 39), as normas tutelares das pessoas com deficiência valorizam o princípio da dignidade da pessoa humana. E, particularmente quanto à assistência social dispensada pela Constituição às pessoas com deficiência, *Moreira Neto* (2001. p. 93-95) enfatiza que decorre da aplicação dos princípios da igualdade e da dignidade humana, com vistas à sociedade solidária e à promoção do



bem de todos sem preconceitos e sem discriminação, como preconizado nos arts. 1º, III, e 3º, I e IV, da mesma Carta.

### *3.3. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência (ONU)*

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, das Nações Unidas, aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro nos termos do Decreto Legislativo n. 186, de 2008, publicado no Diário Oficial da União de 20.8.2008 (BRASIL. Congresso Nacional), entrou no sistema jurídico nacional com força equivalente a Emenda Constitucional, tal como previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição de 1988.

Destaca-se, entre outros fundamentos, nessa Convenção, conforme consignado em seu Preâmbulo, que ela relembra os princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, notadamente a dignidade e os direitos iguais; reafirma “[...] a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como a necessidade de garantir que todas as pessoas com deficiência os exerçam plenamente, sem discriminação [...]”; reconhece a importância das políticas visando à equiparação de oportunidades para as pessoas com deficiência; inclui as questões pertinentes à deficiência nas estratégias de desenvolvimento sustentável; reconhece como violação à dignidade e aos valores inerentes ao ser humano a discriminação motivada na deficiência; reconhece a diversidade das pessoas com deficiência; também reconhece “[...] a necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio [...]”; preocupa-se com a situação de desamparo que ainda atinge as pessoas com deficiência; reconhece a importância da cooperação internacional para melhorar-lhes as condições de vida e a relevância dessas pessoas para a diversidade em suas comunidades, bem assim a importância de sua autonomia e independência individuais e liberdade de escolha. Enaltece, de modo claro, o reconhecimento ao direito de participação ativa das decisões políticas, mormente as que digam respeito às pessoas com deficiência, e, por outro lado, o agravamento da discriminação quando combinados com a deficiência fatores igualmente causadores de discriminação, tais a infância, o gênero feminino, etnia,



religião, pobreza etc., e propõe-se a contribuir para a correção das “[...] profundas desvantagens sociais das pessoas com deficiência e para promover sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades, tanto nos países em desenvolvimento como nos desenvolvidos” (BRASIL. Congresso Nacional. Decreto Legislativo n. 186, de 2008. p. 1-2)<sup>(2)</sup>.

O art. 1º da Convenção referenciada traz o novo conceito de *pessoas com deficiência*, ou seja, “são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Note-se que, com a adoção, pelo Brasil, da mencionada Convenção, e considerado seu *status* de Emenda Constitucional, devem ser observadas doravante, acerca das pessoas com deficiência, não mais as designações e conceituações antigas previstas na legislação em vigor, mas, sim, aquelas adotadas pelo novo instrumento internacional.

Merece ser destacado nessa Convenção, em sintonia com o disposto no art. 4.4, a ressalva feita a normas internas e internacionais

(2) No seu texto a Convenção sob comento contempla também os princípios gerais que a orientam (art. 3º), os compromissos ou obrigações gerais dos Estados-partes (art. 4º) e focaliza, de modo especial, os aspectos em que serão adotadas as medidas necessárias à implementação dos direitos contemplados às pessoas com deficiência, consistentes de: igualdade e não discriminação (art. 5º), meninas e mulheres com deficiência (art. 6º), crianças com deficiência (art. 7º), conscientização social (art. 8º), acessibilidade (art. 9º), direito à vida (art. 10), situações de risco e emergência humanitárias (art. 11), reconhecimento de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 12), acesso à justiça (art. 13), liberdade e segurança da pessoa (art. 14), prevenção contra tortura ou tratamento ou penas cruéis, desumanas ou degradantes (art. 15), prevenção contra a exploração, a violência e o abuso (art. 16), proteção da integridade física e mental (art. 17), liberdade de movimentação e nacionalidade (art. 18), vida independente e inclusão na comunidade (art. 19), mobilidade pessoal com a máxima independência possível (art. 20), liberdade de expressão e opinião e acesso à informação (art. 21), respeito à privacidade (art. 22), respeito pelo lar e pela família (art. 23), educação em sistema inclusivo em todos os níveis (art. 24), saúde (art. 25), habilitação e reabilitação (art. 26), trabalho e emprego (art. 27), padrão de vida e proteção social adequados (art. 28), participação na vida política e pública (art. 29), participação na vida cultural e em recreação, lazer e esporte (art. 30), elaboração de estatísticas e coleta de dados (art. 31), cooperação internacional (art. 32) e implementação e monitoramento nacionais (art. 33).

Juntamente com a aprovação da Convenção, o Decreto Legislativo n. 186/08 aprovou seu Protocolo Facultativo, que rege, entre outros, as denúncias e investigações contra os Estados-Partes, relativamente ao descumprimento da Convenção.



em vigor no Estado-Parte que forem mais favoráveis às pessoas com deficiência, as quais não são revogadas, e, sim, somadas ao previsto no novo instrumento, de sorte que é possível concluir-se que não houve a substituição do sistema de garantias e proteção às pessoas com deficiência existente, mas a sua ampliação.

### ***3.4. Medidas protetivas regulamentadas na legislação ordinária federal brasileira***

A legislação ordinária nacional contempla regras sobre a proteção, integração e inclusão das pessoas com deficiência, notadamente como regulamentação do previsto no texto constitucional (ver item 3.2 acima) anterior à adoção, com força de Emenda Constitucional, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, das Nações Unidas.

Alinham-se aqui, em ordem cronológica, as seguintes entre as mais importantes medidas implementadas na legislação federal (BRASIL. Presidência da República): Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência — inclusive ações de saúde pública e criminalização de condutas contra as pessoas com deficiência (MESTIERI, 2001. p. 213-221) — Lei n. 7.853/89, regulamentada pelo Decreto n. 3.298/99; Proteção especial à criança e ao adolescente (Lei n. 8.069/90); Saúde no trabalho (Lei n. 8.080/90); Reserva de vagas para ingresso no serviço público federal (Lei n. 8.112/90); Amparo previdenciário, inclusive pensão por morte, reabilitação profissional, inserção nos empregos mediante reserva de vagas nas empresas com mais de cem empregados e isenção de contribuições sociais para as entidades beneficentes que lidem com pessoas com deficiência (Lei n. 8.213/91 e Decretos n. 3.048/99 e n. 3.298/99). A pensão especial às vítimas da talidomida é regida pela Lei n. 7.070/82, como observa *Séguin* (2005. p. 262); Isenção de imposto sobre renda e proventos para os deficientes mentais (Lei n. 8.687/93); Benefício mensal de prestação continuada da Assistência Social (Lei n. 8.742/93) — desde que a pessoa com deficiência seja incapaz para o trabalho e não disponha de outros meios de subsistência, inclusive o menor (FELIPE, 2001. p. 122); Dispensa de licitação para as associações de pessoas com deficiência, sem fins lucrativos, para prestação de serviços à Administração Pública (Lei n. 8.883/94); Passe livre nos transportes coletivos interestaduais (Lei n. 8.899/94); Isenção de imposto sobre



produtos industrializados (automóveis) para pessoas com deficiência física (Lei n. 8.989/95, alterada pelas Leis ns. 9.144/95, 9.317/96 e 10.182/01); Dedução no imposto de renda de despesas médicas, aparelhos e próteses ortopédicas e gastos com instrução da pessoa com deficiência (Instruções Normativas ns. 65/96 e 25/96) — conforme *Coelho* (2001. p. 187-188); Educação especial (Lei n. 9.394/96); Apoio financeiro a municípios para os programas socioeducativos das pessoas com deficiência (Lei n. 9.533/97 e Decreto n. 3.117/99); Cooperativas sociais (Lei n. 9.867/99); Atendimento prioritário nas repartições públicas e outras instituições (Lei n. 10.048/00 e Decreto n. 5.296/04); Acessibilidade (Lei n. 10.098/00 e o mesmo Decreto n. 5.296/04); Programa Nacional de Ações Afirmativas no âmbito da Administração Pública Federal (Decreto n. 4.228/02); Aprendizagem no trabalho (Lei n. 11.180/05); Compromisso dos entes federados pela inclusão das pessoas com deficiência e instituição do Comitê Gestor de Políticas de Inclusão das Pessoas com Deficiência (Decreto n. 6.215/07); e Estágio para estudantes, com reserva de dez por cento das vagas oferecidas (Lei n. 11.788/08).

Esse rol de leis e decretos demonstra o quanto o Estado brasileiro vem se empenhando para implementar as disposições constitucionais atinentes às pessoas com deficiência mas, nada obstante isso, ainda se está muito longe de alcançar o ideal de inclusão e integração social da minoria focalizada, pois, como demonstram os próprios dados estatísticos oficiais (BRASIL. IBGE), entre os que trabalham (em torno de nove milhões de pessoas com deficiência), mais da metade ganha menos de dois salários mínimos por mês; desempenham, na maioria dos casos, tarefas menos complexas nos setores de vendas e comércio; têm menor taxa de alfabetização, de instrução e de frequência escolar.

#### ***4. A INSERÇÃO, NO TRABALHO, DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA***

Incluir ou inserir as pessoas com deficiência no trabalho, apesar de toda a tutela que o sistema jurídico possa oferecer, ora impondo obrigações aos particulares e ao Poder Público, ora adotando políticas compensatórias, não constitui missão fácil em um mundo sob constante transformação, dominado pela globalização da economia e



pelos avanços tecnológicos que abalam o próprio sistema de oferta de empregos.

A *inclusão* decorre do reconhecimento de direitos sociais diferenciados a grupos em situação de vulnerabilidade, tal o das pessoas com deficiência, em consequência da *especificação* exigida cada vez mais pela aceitação de direitos especiais, como se pode observar na própria evolução das Declarações da ONU sobre crianças, mulheres e deficientes, por exemplo (BOBBIO, 2004. p. 78-79).

#### *4.1. Fundamentos constitucionais: princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da igualdade*

A Constituição brasileira de 1988 (BRASIL. Presidência da República) consagra em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República. No art. 5º, *caput*, afirma o princípio da igualdade como o primeiro entre os direitos individuais e coletivos, do qual decorrem todos os demais direitos e garantias fundamentais que formam o sistema jurídico nacional.

Nesses dois princípios, aos quais se somam os princípios da solidariedade, da justiça social e da não discriminação também abrigados no texto constitucional, encontra-se a fundamentação para a tutela jurídica dada às pessoas com deficiência, consideradas grupo minoritário na sociedade brasileira, em situação de vulnerabilidade e vitimadas pela discriminação exatamente por causa da deficiência.

Nesse contexto, a *inclusão* das pessoas com deficiência *no trabalho*— que constitui um dos valores sociais da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da Carta de 1988) — apresenta-se como fator realizador desses princípios, na medida em que, neles, encontra fundamento.

Não se pode deixar de recordar a importância e o significado do valor *trabalho* para a “construção da natureza e do próprio homem”, como ressalta *Carvalho*, com apoio em *Marx e Engels* (2003. p. 42-43):

“Nesse sentido, o trabalho é inerente ao homem. Trabalhando ele constrói e reconstrói a natureza da qual faz parte. Desse modo, transforma-se, também.



O trabalho, portanto, participa da constituição pessoal. Faz parte da vida material e psíquica. Provê subsistência. Oportuniza o reconhecimento social do sujeito no mundo. Seu próprio reconhecimento como ser produto da sociedade.

O trabalho está intimamente ligado à qualidade de vida, também, pois [...] é considerado mais do que um esforço para a sobrevivência. Resgata a importância do desejo. Da consciência. Da vivência do prazer. Da possibilidade de construção do conhecimento [...].” (CARVALHO, 2003. p. 49).

Os pilares jurídicos que sustentam a tutela diferenciada dada às pessoas com deficiência, na seara do trabalho, são, como dito, os princípios da dignidade humana e da igualdade.

Conforme *Bastose Martins* (1988. p. 425), a *dignidade da pessoa humana*, tal como referida no art. 1º da Constituição de 1988, autoriza a compreensão de que esse princípio está a abranger todos os direitos fundamentais, individuais e coletivos, consagrados no mesmo texto constitucional, e significa que em sua noção se assenta o Estado brasileiro, que tem como uma de suas finalidades o favorecimento, por meio do exercício da liberdade, de condições para que todos se tornem dignos e valorizados.

Por sua vez, a *igualdade* de que se fala aqui não é aquela meramente formal, que concebe o homem abstratamente, isolado, caracterizadora do pensamento liberal tradicional, mas, sim, a *igualdade* compatível com o Estado Democrático de Direito, *inclusivo* e comprometido com a harmonização dos variados projetos sociais. Como ressalta *Lorentz* (2006. p. 472-473), tem-se que compreender como *igualdade* a que prestigia a diversidade, respeita “[...] as especificidades de cada um [...]”, respeita e preserva a forma singular “[...] de ser, pensar e agir de cada pessoa, grupo ou sociedade [...]”, e que permite a “[...] aplicação de tratamentos diferenciados a certas pessoas, grupos ou categorias desde que balizados por fundamentos fáticos e constitucionais que os justifiquem [...]”, como é o caso das pessoas com deficiência — carentes, no Brasil, de acessibilidade, trabalho e educação.

Importante observar que a diferenciação, em casos tais, faz-se necessária para implementar a própria igualdade, uma vez que visa a



igualar pessoas ou grupos que estão em situação desigual, dando aos que estiverem em patamar inferior condições para que cresçam e alcancem nível mais elevado dentro da sociedade, respeitados certos pressupostos. *Bandeira de Mello* (1999. p. 47), a propósito, bem sintetiza os cinco requisitos para que o tratamento diferenciado afirme a igualdade e não se volte contra o princípio isonômico: não pode destinar-se a pessoa determinada, mas, sim, a “[...] uma categoria de pessoas, ou a uma pessoa futura e indeterminada [...]”; devem ser considerados, quando do favorecimento, elementos residentes “[...] nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas [...]”; o tratamento jurídico diferenciado deve “[...] guardar relação de pertinência lógica com a disparidade dos regimes outorgados [...]”; não pode conduzir a ofensa de interesses consagrados na Constituição; e o tratamento diferenciado deve, ainda que implicitamente, ser desejado pela norma.

#### *4.2. Diversidade interna e demanda por prestações diferenciadas*

É inegável que as pessoas com deficiência constituem um grupo diferenciado do restante da sociedade, consideradas suas especificidades e necessidades à parte, carecendo, por isso, de tratamento inclusivo que os liberte dos efeitos da discriminação sofrida historicamente.

Esse grupo diferenciado não é, porém, uniforme em suas necessidades, mas, sim, *multifacetado*, posto que as deficiências têm causas distintas, a exemplo da “[...] locomoção, visão, audição, deficiência mental [...]” e, mesmo, “[...] questões ligadas ao metabolismo [...]”, como destaca *Araújo* (2008. p. 917-918). Nesse contexto, as dificuldades enfrentadas por um cego são diferentes daquelas que se apresentam para um surdo ou um “cadeirante”, entre outros problemas que precisam ser adequadamente solucionados. Diante da exigência de prestações e providências diferenciadas, conforme a natureza da deficiência de cada *subgrupo* que compõe essa coletividade especial, somente se poderá, verdadeiramente, cogitar de uma inclusão social quando consideradas essas particularidades internas.

É preciso ter em conta, nesse quadro, a *subjetividade* da pessoa com deficiência que será incluída no trabalho. Aqui, agrava-se, por



exemplo, o problema da inserção das pessoas com deficiência mental, estigmatizadas pela sociedade, que nelas mais enxergam limitações do que as potencialidades e capacidades. Daí a necessidade de construir a “identidade do trabalhador”, como adverte *Carvalho* (2003. p. 45-46), dando-se-lhe acesso ao trabalho para que nele viva e por meio dele possa constituir “[...] situações intersubjetivas co-constitutivas inquestionáveis [...]”, as quais, relativamente à pessoa com deficiência mental, representam grande *vitória*, com superação da deficiência e dos preconceitos pela participação e exercício da cidadania.

#### 4.3. A importância das ações afirmativas

A inclusão das pessoas com deficiência dá-se mediante as denominadas *ações afirmativas*, consistentes de *políticas sociais* voltadas para a “[...] concretização da igualdade substancial ou material [...]”, segundo *Gomes* (2001. p. 131), típicas do Estado Democrático de Direito. Postas em prática, pioneiramente, nos Estados Unidos da América, para tentar resgatar os negros daquele país da marginalidade econômica e social, as ações afirmativas foram estendidas, depois, a outros grupos discriminados, tais as mulheres, pessoas com deficiência, índios e “[...] outras minorias étnicas e nacionais [...]” (GOMES, 2001. p. 132).

Ações afirmativas são, nesse contexto, “[...] políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física [...]”, segundo *Gomes* (2001. p. 132), o qual acresce, nas mesmas obra e página, com propriedade, que, por meio dessas ações “[...] a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade [...]”.

Esse instrumento sociojurídico leva em consideração que, atualmente, nenhum país, atento aos princípios do pluralismo e da diversidade, pode crescer mantendo as desigualdades sociais e econômicas, decorrentes da discriminação das minorias. Assim, o Estado abandona aquela postura liberal tradicional de neutralidade e assume papel ativo determinante na busca da reversão desse desequilíbrio, substituindo



as meras proclamações formais de direitos por políticas que levam em conta as diferenças existentes na sociedade, de modo a tanto combater, efetivamente, a discriminação, como dar condições de promoção da igualdade e de inclusão aos grupos marginalizados, notadamente com a destinação de recursos financeiros para tal mister, transformando o próprio meio social.

*Quaresma* (2008. p. 930) adverte para a necessidade de ser preservada a diversidade e as potencialidades das minorias discriminadas, salientando que a igualdade “[...] pressupõe a adoção de políticas públicas inclusivas, pois sem elas é impossível haver igualdade”. De mais a mais, prossegue essa autora na mesma obra e mesma página, “[...] uma sociedade igualitária é aquela onde os seres humanos têm amplas possibilidades de desenvolver as suas potencialidades [...]”, notadamente “[...] os segmentos étnicos, sociais, culturais, de gênero etc., que são excluídos de certos âmbitos de uma determinada sociedade [...]”.

As ações afirmativas, no Brasil, encontram fundamento no princípio da igualdade, em sua concepção contemporânea, e no texto constitucional vigente, de modo implícito, por exemplo, nos arts. 3º, I e III, e 170, VII, e, também, explicitamente, como se pode constatar nos arts. 7º, XX e 37, VIII (BRASIL. Presidência da República).

#### *4.4. Modalidades de inserção no trabalho*

São as ações afirmativas que realizam a inclusão das pessoas com deficiência no trabalho e consistem, basicamente, no Brasil, de políticas de *cotas* de reserva de vagas nos empregos do setor privado e no serviço público civil.

O Decreto n. 3.298/99, no art. 35, prevê as modalidades de inserção da pessoa com deficiência no trabalho, assim explicadas por *Lorentz* (2006. p. 255):

“a) o trabalho protegido, conforme Lei n. 8.069/90, art. 66 (nas oficinas protegidas ou terapêuticas, trabalho sem vínculo empregatício); b) o trabalho em colocação competitiva; c) o trabalho em colocação seletiva; d) o trabalho por conta própria; e) o trabalho em cooperativas de trabalho; e f) o trabalho em sistema de



economia familiar (sociedade ou associação, trabalho sem vínculo empregatício autônomo e societário).”

A esses casos, com apoio na legislação ordinária federal vigente, *Lorentz* (2006. p. 255) acresce outros contratos de trabalho que servem à inserção das pessoas com deficiência: contrato de emprego especial de aprendizagem, trabalho educativo e estágio de estudantes.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL. Congresso Nacional) traz, no art. 27<sup>(3)</sup>, os novos parâmetros para a proteção, no trabalho e no emprego, das pessoas com deficiência, e as medidas inclusivas devem observar, doravante, tais dispositivos consagrados pelo constitucionalismo brasileiro.

#### 4.5. *Inserção no emprego*

Decorre da modalidade *trabalho em colocação competitiva* a que se refere o Decreto n. 3.298/99. É o contrato de *emprego* comum regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, aplicável ao setor privado da economia, não havendo distinções relativamente a salários e demais direitos trabalhistas, mormente porque proibidas pelo art. 7º, XXX e XXXI, da Carta Federal de 1988 (BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego, 2007. p. 28). Rege-se pela Lei n. 8.213/91, art. 93, e pelos arts. 36 a 38, do mencionado Decreto, e consiste na reserva de percentuais de vagas nas empresas (e não por estabelecimento, setor de serviços ou localidade) — as conhecidas *cotas* — conforme o tamanho do quadro de pessoal na empresa, ou seja: até duzentos empregados, 2%; de duzentos e um a quinhentos empregados, 3%;

(3) Esse art. 27 prevê dez medidas mínimas, inclusive legislativas, que devem ser adotadas pelos Estados-partes, visando a incluir as pessoas com deficiência no trabalho, respeitada sua livre escolha, bem como a mantê-las no mercado de trabalho, assim resumidas: a) proibição de discriminação, baseada na deficiência, para admissão e demais direitos trabalhistas; b) proteção dos direitos, nas mesmas bases das demais pessoas, e das condições seguras e salubres de trabalho, reparação de injustiças e proteção contra o assédio; c) exercício de direitos trabalhistas e sindicais; d) acesso à profissionalização e treinamento; e) oportunidades de emprego e ascensão profissional; f) estímulo ao trabalho autônomo, empreendedorismo, cooperativas e negócio próprio; g) emprego no setor público; h) emprego no setor privado, com adoção de políticas e medidas adequadas, inclusive ação afirmativa; i) adaptações no local de trabalho; j) experiência de trabalho; e k) reabilitação profissional e retorno ao trabalho. Contempla, também, medidas de proteção contra a escravidão ou servidão, trabalho forçado ou compulsório.



de quinhentos e um a mil empregados, 4%; e mais de mil empregados, 5% (BRASIL. Presidência da República).

As empresas brasileiras que se enquadrem nesses quantitativos de empregados são obrigadas, sem compensações ou favores governamentais, a admitir trabalhadores com deficiência, habilitados ou reabilitados, e têm o dever, ainda, de, antes de dispensar um empregado especial, providenciar a substituição por outro na mesma condição.

O próprio Decreto n. 3.298/99, no art. 36, §§ 2º e 3º (BRASIL. Presidência da República), esclarece que a pessoa com deficiência *habilitada* para os empregos é “[...] aquela que concluiu curso de educação profissional de nível básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior, com certificação ou diplomação expedida por instituição pública ou privada, legalmente credenciada pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente [...]”, bem como “[...] aquela com certificado de conclusão de processo de habilitação ou reabilitação profissional fornecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS [...] e, ainda, a pessoa “[...] que, não tendo se submetido a processo de habilitação ou reabilitação, esteja capacitada para o exercício da função [...]”<sup>(4)</sup>.

Porque a sistemática de reserva de empregos não está prevista, expressamente, na Constituição da República, e, sim, na legislação ordinária (ROMITA, 2001. p. 147-148), é taxada de inconstitucional por seus opositores — pecha, no entanto, que não prospera, pois, como visto linhas atrás, cuida-se de discriminação *positiva* que, na prática, implementa a *inclusão* no trabalho e dá efetividade ao princípio da igualdade material, estando, portanto, assentada, implicitamente, nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da justiça social e da não discriminação, achando-se, de mais a mais, agora, amparada pelo art. 27, alínea *h*, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência — o que encerra qualquer dúvida.

---

(4) Importante ressaltar, ao contrário do que pensam as pessoas menos esclarecidas sobre o tema, que não se cogita da contratação de pessoas “doentes” ou “incapacitadas”, mas, sim, de trabalhadores aptos (*habilitados* ou *reabilitados*) para o trabalho e para as funções, que necessitam, apenas, de algum apoio material ou pessoal para desempenharem seu mister. Registre-se, também, que não são os trabalhadores especiais que devem adaptar-se às empresas, e, sim, as empregadoras que precisam preparar-se, inclusive arquitetonicamente, para recebê-los.



#### 4.6. *Inserção no serviço público civil*

Tal providência decorre, também, de *ação afirmativa*, neste caso prevista de modo expresso na Constituição de 1988, art. 37, VIII, que determina a reserva, em lei, de “percentual dos cargos e empregos públicos” para as pessoas com deficiência, bem assim os critérios para sua admissão. No plano federal, a Lei n. 8.112/90, no art. 5º, § 2º, cumprindo essa disposição constitucional, prevê o oferecimento de até 20% das vagas do concurso público para preenchimento por tais pessoas. O mencionado Decreto n. 3.298/99, arts. 37 a 43, contém os procedimentos especiais para a participação das pessoas com deficiência nos concursos públicos, nos quais pelo menos 5% das vagas dos cargos ou empregos em disputa devem ser-lhes reservados, condicionada a inscrição àqueles que comprovem a deficiência mediante atestado médico (BRASIL. Presidência da República). Os demais entes federados, em leis próprias e nos editais dos certames, disciplinam a participação das referidas pessoas em seus concursos públicos.

Note-se, também, como ressalta *Gugel* (2006. p. 93), que não há privilégios para as pessoas com deficiência nos concursos públicos, pois prepondera a igualdade de condições com as pessoas sem deficiência, na medida em que se submetem “[...] aos mesmos conteúdos das provas e exames; aos critérios de aferição e avaliação; ao horário e local de aplicação das provas e exames; e à nota mínima exigida para todos os demais”. A distinção feita quando da aplicação das provas diz respeito a apoios técnicos e especiais fornecidos aos candidatos, conforme a natureza da deficiência de cada um, previstos no Decreto n. 3.298/99, art. 40 e parágrafos, para que possam concorrer em igualdade de condições com os outros inscritos.

No serviço público federal, o Decreto n. 4.228/02 obriga a participação das pessoas com deficiência também nas nomeações dos cargos em comissão (DAS). As ações afirmativas representadas pelas cotas nos concursos públicos são igualmente praticadas para o preenchimento de cargos do Ministério Público, conforme Resolução n. 14/06, do Conselho Nacional do Ministério Público (BRASIL. CNMP) e, em 7.10.2008, o Conselho Nacional de Justiça, em decisão proferida nos autos do PP n. 200810000018125, determinou tal sistemática para o



preenchimento dos cargos da magistratura (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ determina reserva de vagas para deficientes ao cargo de juiz).

### **CONCLUSÃO**

A sociedade ocidental contemporânea, marcada pelo pluralismo e pela onda de reivindicações de direitos sociais, econômicos e culturais, percebeu a impossibilidade de ignorar as diferenças existentes em determinados grupos minoritários, ávidos pelo reconhecimento de direitos coletivos demandados por sua especificidade, para que possam sair do estado de exclusão em que se encontram. Busca-se no Multiculturalismo as condições para convivência das minorias nesse mundo plural, a partir do reconhecimento e do respeito às diferenças detectadas nas pessoas e nos grupos, permitindo-lhes a fruição de direitos humanos individuais e coletivos.

Entre essas minorias identifica-se o grupo das pessoas com deficiência, discriminadas ou simplesmente eliminadas ao longo da história humana, mas, a partir da Segunda Grande Guerra, reconhecidas como sujeitos de direito passíveis de integração e inclusão social e econômica por meio de ações afirmativas.

As ações afirmativas, em particular as voltadas para a inclusão, no trabalho, das pessoas com deficiência, fazem parte das medidas que visam à neutralização da discriminação imposta a essa coletividade de pessoas. O princípio da igualdade substancial, no sentido de tratar desigualmente os desiguais e dar aos que estão em situação inferior condições de competir com os demais membros da sociedade, aliado ao princípio da dignidade do homem, fundamentam tal desequiparação.

A Constituição brasileira de 1988 — para quem o valor social do *trabalho* constitui um dos fundamentos da República — contempla os dois referidos princípios e consagra, como objetivo, assegurar, também, a justiça social, o não preconceito, a solidariedade e o pluralismo na sociedade. Tal Carta contém disposições que determinam a proteção especial coletiva para as pessoas com deficiência, visando a resgatá-las da situação de discriminação e a dar-lhes oportunidades para que se insiram nessa sociedade no mesmo patamar da maioria sem



deficiência. Conseqüentemente, a legislação ordinária regulamentar alinhada no presente artigo é compatível com o texto constitucional, particularmente as normas que preveem ações afirmativas exemplificadas pelas *cotas* nos empregos e no serviço público civil destinadas às pessoas com deficiência, apanhadas que foram pela vigência, no País, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com força de Emenda Constitucional.

As disposições da Carta de 1988, reforçadas, em agosto de 2008, pela Emenda Constitucional que abriga a citada Convenção, precisam, no entanto, de incremento normativo e prático, que atinja a própria mudança de mentalidade do povo e, efetivamente, venha a incluir, na sociedade brasileira, a minoria de pessoas com deficiência, revertendo o quadro discriminatório retratado nos próprios dados estatísticos governamentais, que apontam a situação de inferioridade social e econômica, a partir da pouca participação no trabalho. Tais medidas, além das *cotas*, devem abranger outras reconhecidas na referida Convenção, notadamente a inclusão no ensino, a profissionalização, a acessibilidade física à escola e aos demais bens da vida necessários à eliminação do estado de inferioridade, a habilitação e a reabilitação para o trabalho.

### **REFERÊNCIAS**

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo — superação da summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ARAÚJO, Luiz Aberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (orgs.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Regina Lyra. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.

BRASIL. Congresso Nacional. *Decreto Legislativo n. 186, de 2008* Diário Oficial da União. Brasília: Imprensa Nacional, ano CXLV, n. 160, 20.8.2008. p. 1-6. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>> Acesso em: 29.9.2008.



\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. CNJ determina reserva de vagas para deficientes ao cargo de juiz. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=5175&Itemid=167](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=5175&Itemid=167)> Acesso em: 18.10.2008.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <[http://www.cnmp.gov.br/conselhos/cnmp/legislacao/resolucoes/pdfs-de-resolucoes/res\\_cnmp\\_14\\_2006\\_11\\_06.pdf](http://www.cnmp.gov.br/conselhos/cnmp/legislacao/resolucoes/pdfs-de-resolucoes/res_cnmp_14_2006_11_06.pdf)> Acesso em: 18.10.2008.

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>> Acesso em: 29.9.2008.

\_\_\_\_\_. Ministério do Trabalho e Emprego. *A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho*. Brasília, 2007.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Legislação. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 29.9.2008.

CALERA, Nicolás López. *¿Hay derechos colectivos? — individualidad e socialidad en la teoría de los derechos*. Barcelona: Ariel, 2000.

CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. *Constituições do Brasil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CARVALHO, Erenice Natália Soares de. Trabalho e construção da subjetividade: focalizando a pessoa com deficiência intelectual. In: OLIVEIRA, Maria Helena Alcântara de (org.). *Trabalho e deficiência mental: perspectivas atuais*. Brasília: Dupligráfica, 2003.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva — elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Comentários à legislação tributária aplicável às pessoas portadoras de deficiência. In: TEPERINO, Maria Paula (org.). *Comentários à legislação federal aplicável às pessoas portadoras de deficiência*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FELIPE, Jorge Franklin Alves. Direito previdenciário. In: TEPERINO, Maria Paula (org.). *Comentários à legislação federal aplicável às pessoas portadoras de deficiência*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho da pessoa com deficiência — lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*. São Paulo: LTr, 2006.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 38, n. 151, p. 129-152, jul./set. 2001.



GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público*. Goiânia: UCG, 2006.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha* — os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. Tradução de Letícia de Campos Velho Martel. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (orgs.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES, Ana Maria D'Avila. Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 45, n. 177, p. 19-29, jan./mar. 2008.

LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: LTr, 2006.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

\_\_\_\_\_. *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*. 2. ed. Sevilla: GNE, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 7. tir. São Paulo: Malheiros, 1999.

MESTIERI, João. Aspecto penal da Lei n. 7.835/89. In: TEPERINO, Maria Paula (org.). *Comentários à legislação federal aplicável às pessoas portadoras de deficiência*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Aspectos administrativos da proteção e integração das pessoas portadoras de deficiência. In: TEPERINO, Maria Paula (org.). *Comentários à legislação federal aplicável às pessoas portadoras de deficiência*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas. 1992. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/spanish/html/intlinst\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/intlinst_sp.htm)> Acesso em: 29.9.2008.

PISÓN, José Martínez de. *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*. Madrid: Tecnos, 2001.

QUARESMA, Regina. A pessoa portadora de necessidades especiais e sua inclusão social. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (orgs.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



ROMITA, Arion Sayão. Direito do trabalho e a pessoa portadora de deficiência. In: TEPERINO, Maria Paula (org.). *Comentários à legislação federal aplicável às pessoas portadoras de deficiência*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SÉGUIN, Élida. *Biodireito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SLAIBI FILHO, Nagib. O direito civil e as pessoas portadoras de deficiência. In: TEPERINO, Maria Paula (org.). *Comentários à legislação federal aplicável às pessoas portadoras de deficiência*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. Apresentação dos *Comentários à legislação federal aplicável às pessoas portadoras de deficiência*. In: TEPERINO, Maria Paula (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2001.



## NOTAS SOBRE A IMPOSSIBILIDADE DE DEPOIMENTO PESSOAL DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES COLETIVAS

---

*Ronaldo Lima dos Santos<sup>(\*)</sup>*

### **1. DEPOIMENTO PESSOAL E CONFISSÃO: O PRINCÍPIO DA UTILIDADE**

Consoante a doutrina processual predominante, consiste o depoimento pessoal no meio de prova requerido pela parte contrária com a finalidade de obter ou provocar a confissão da parte *ex adversa* ou esclarecer fatos discutidos na causa.<sup>(1)</sup> Trata-se de um meio de prova ao qual se sujeitam as partes que depõem sobre os fatos vivenciados por elas e relatados no processo. O depoimento pessoal é um meio de prova; a confissão, *ficta* ou real, que eventualmente lhe suceda é a prova em si, o seu produto.

Como meio de prova, o depoimento pessoal possui natureza instrumental, isto é, submete-se, via de regra, *mutatis mutandis*, aos mesmos requisitos e grau de possibilidade de admissão da própria prova que com ele se deseja obter; por isso que referido meio probatório não é admissível nas hipóteses em que o seu produto — a confissão — não é permitida.

---

(\*) Procurador do Trabalho do Ministério Público do Trabalho em São Paulo. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor Universitário.

(1) Vem previsto no art. 343 do CPC: “Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento.” Na realidade, para o simples esclarecimento dos fatos da causa o legislador processual previu a figura do interrogatório.



Nesse diapasão, como meio de prova, o depoimento pessoal poderá ser determinado somente quando seja “potencialmente útil” à instrução do processo.<sup>(2)</sup> Pelo princípio da utilidade do depoimento pessoal, a oitiva da parte não pode ser determinada quando não houver possibilidade de o seu resultado se reverter em benefício da instrução probatória, como nas hipóteses de inadmissão de confissão, existência de prova mais eficaz no processo, prévia determinação legal da prova (ex.: necessidade de escritura pública para certo ato), ou quando requerido com intuito de constranger, diminuir ou vexar a parte contrária.

Entre outros dispositivos, o princípio da utilidade do depoimento pessoal foi albergado pelo Código de Processo Civil, no art. 351, ao dispor, *in verbis*: “Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis”.

Embora se possa objetar que a confissão não é da essência do depoimento pessoal, é inegável, como bem elucidou *Chiovenda*, que a confissão é intimamente vinculada à figura do depoimento da parte.<sup>(3)</sup> Assim, como advertem *Luiz Guilherme Marinoni* e *Sérgio Cruz Arenhart*, “não há como estudar o depoimento pessoal sem necessárias referências (e constantes vinculações) entre este e a confissão. Também é por este motivo que o Código de Processo Civil trata da confissão logo após reger o depoimento da parte”.<sup>(4)</sup> Equivale a dizer, é a possibilidade da confissão que concede utilidade ao depoimento pessoal, não obstante, em raras situações, este favorecer a própria parte depoente, que ratifica a sua tese em juízo, colaborando para a convicção do julgador.

No sistema processual civil brasileiro, não é da essência do depoimento pessoal o simples esclarecimento sobre os fatos da causa, como apregoa parte da doutrina, uma vez que para esse desiderato o legislador processual previu a figura do interrogatório, como veremos a seguir, restando o depoimento pessoal essencialmente como meio

---

(2) SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. *Apud* CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. IV, p. 44.

(3) CHIOVENDA, Giuseppe. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2, p. 312.

(4) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2, p. 312.



de prova. Assim, pelo princípio da utilidade, o depoimento pessoal somente é cabível nas hipóteses de admissibilidade da própria confissão, e como nossa legislação processual civil não admite a confissão de fatos que versem sobre direitos indisponíveis (art. 351 do CPC), uma vez constatada a presença destes, torna-se inadmissível o depoimento pessoal da parte.

Ressalte-se que não obstante a evolução do direito processual, cujas grandes construções científicas foram elaboradas durante a denominada fase autonomista, que se seguiu ao imanentismo e precedeu ao instrumentalismo atual, tão poucos institutos processuais guardam íntima relação com o direito material quanto o depoimento pessoal, pois este foi concebido fundamentalmente com base no conceito de partes materiais e, conseqüentemente, de legitimados ordinários, com vistas a inserir no processo elementos vivenciados diretamente por estas partes. O conceito processual puro de parte, como apregoado por *Liebman*, embora sirva como importante fator de instrumentalização da relação jurídica processual, confronta-se com o resquício imanentista do depoimento pessoal.

Como apontam *Luiz Rodrigues Wambier et al.*, “Quem melhor conhece os fatos que originaram a relação conflituosa são as pessoas nela envolvidas, vale dizer, as partes”.<sup>(5)</sup> O pressuposto fundamental do depoimento pessoal é a concepção de vivência e conhecimento direto dos fatos diretamente pelo depoente. Diferentemente de outros institutos processuais, a bilateralidade material da relação jurídica exerce enorme influência sobre o grau de eficácia do depoimento pessoal.

Desse modo, quanto maior a desidentificação entre parte material e parte processual (formal), menor a probabilidade de cabimento, a utilidade e a eficácia do depoimento pessoal; *contrario sensu*, nas situações de legitimação ordinária, maior será a sua eficácia. Assim, esta vai diminuindo gradativamente (nas hipóteses de sucessão processual, substituição processual individual, legitimação extraordinária, legitimação autônoma para o processo etc.) conforme a menor comunhão do direito material pelo sujeito processual (parte processual), até encontrarmos as situações de total desidentificação entre o titular do direito material e a parte processual (como nas ações coletivas) e, conseqüentemente, a

(5) WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). *Curso avançado de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1, p. 453.



inadmissibilidade ou ineficácia total de eventual depoimento pessoal da parte (autora).

## 2. DEPOIMENTO PESSOAL E INTERROGATÓRIO

O Código de Processo Civil foi confuso ao tratar do interrogatório e do depoimento pessoal (arts. 342 a 347), inclusive disciplinando-os sob um mesmo título “Do Depoimento Pessoal”, o que enseja interpretações equivocadas.

Na estrutura delineada pelo CPC, o interrogatório figura concomitantemente como meio processual de oitiva da parte para esclarecimento de fatos relativos à causa e formação da convicção do juízo (art. 342) e como conteúdo do próprio depoimento pessoal, isto é, como sinônimo apenas de oitiva da parte (art. 343). Nesse último sentido que afirma *Humberto Theodoro Júnior*: “Depoimento pessoal é o meio de prova destinado a realizar o interrogatório da parte, no curso do processo”.<sup>(6)</sup>

Embora possuam a mesma dinâmica estrutural, o depoimento pessoal não se confunde com o interrogatório. O próprio Código de Processo Civil trata diversamente de ambos os institutos, dispondo sobre o interrogatório no art. 342<sup>(7)</sup>, como forma de depoimento determinado *ex officio* pelo juiz, e referindo-se ao depoimento pessoal nos arts. 343<sup>(8)</sup> e seguintes, como forma de oitiva da parte requerida pela parte contrária, com vistas à obtenção de confissão.

O interrogatório tem como objetivo o esclarecimento de fatos relativos à causa, não dependendo de requerimento da parte, podendo ser determinado em qualquer fase ou estado do processo, tendo sido utilizado inclusive para tentativa de conciliação. O depoimento pessoal, por sua vez, constitui meio de prova, que tem por finalidade obter a confissão, sendo produzido durante a audiência de instrução e julgamento,

(6) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. I, p. 481.

(7) “Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.”

(8) “Art. 343. Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento.”



mediante a cominação de pena de confesso. O depoimento pessoal é de interesse da parte contrária, ao passo que o interrogatório é de interesse do juiz, para formar a sua convicção. Embora não seja objetivo do interrogatório, a parte interrogada poderá incorrer em confissão.<sup>(9)</sup> O depoimento pessoal é produzido uma única vez durante a audiência de instrução; já o interrogatório poder ser único ou múltiplo, considerando-se que a parte pode ser ouvida várias vezes em um único processo.<sup>(10)</sup>

Em se tratando de meio de prova e por ser de interesse da parte, o depoimento pessoal deve ser normalmente requerido pela parte interessada, restando o interrogatório, em virtude do princípio dispositivo, apenas para os casos excepcionais, especialmente os que envolvem interesse público.<sup>(11)</sup>

### **3. DEPOIMENTO PESSOAL DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

A indisponibilidade dos direitos transindividuais tutelados nas ações coletivas torna incabível o instituto da confissão no âmbito destas demandas, posto que aquela pressupõe a disponibilidade do direito, tal como previsto no art. 351 do CPC e, por conseguinte, em virtude do princípio da utilidade, inviabiliza a aplicação do depoimento pessoal de membro do Ministério Público como meio de prova nestas ações.<sup>(12)</sup>

(9) GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2, p. 200-1.

(10) SANTOS, Moacyr Amaral. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 308.

(11) GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, p. 201.

(12) Nesse sentido vêm decidindo os Tribunais Trabalhistas, como se verifica de trechos de acórdãos proferidos em ações civis públicas propostas pela Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região/MG: “Insurge-se o autor contra a aplicação da pena em epígrafe, sustentando, em síntese, que o Ministério Público é titular do conteúdo processual da lide, e não do direito material em litígio, sobre o qual não tem disponibilidade. Com razão. Não obstante o disposto no art. 81 do CPC, não se pode considerar que a ausência do representante do Ministério Público do Trabalho em audiência de instrução implique a confissão relativamente à matéria de fato. É que, nos termos do art. 351 do CPC, aplicável ao Processo do Trabalho por força do disposto no art. 769 da CLT, “não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis”. Considerando que o Ministério Público tem como função primordial a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da Constituição Federal), não pode confessar sobre os fatos relativos à presente lide, já que estes são indisponíveis. Ante o exposto, dou provimento ao apelo do autor, para afastar a pena de confissão aplicada na decisão de origem.” (TRT-3ª Região — RO 00813.2002.017.03.005, Rel. José Eduardo Resende Chaves Júnior, DJMG



Os interesses difusos e coletivos são materialmente marcados pela indivisibilidade e pela indisponibilidade de seus objetos. Ambos são insuscetíveis de destaque em cotas individuais. Desta indivisibilidade decorre que nenhum titular pode fruí-los na sua integridade, bem como o gozo por um não impede ou impossibilita que outros os fruam com a mesma intensidade. São interesses indisponíveis, pois, por transcenderem o âmbito individual, são insuscetíveis a atos de disposição. Os difusos porque seus titulares indeterminados encontram-se diluídos por toda a sociedade. Os coletivos porque constituem uma síntese de interesses individuais, com configuração e conteúdos jurídicos e materiais distintos destes últimos. São bens e valores que pertencem à coletividade globalmente considerada (meio ambiente do trabalho), à sociedade como um todo (tutela da criança e do adolescente, dos idosos, não discriminação) ou a toda a humanidade (patrimônio histórico, cultural, diversidade da fauna e da flora etc.). Constituem valores-síntese da sociedade.

As notas da indivisibilidade e da indisponibilidade material estendem-se ao campo processual, obstando a realização de atos de disposição de direito material pelos autores das ações coletivas. O exercício de atos de disposição por qualquer ente legitimado corresponderia a uma verdadeira apropriação do bem metaindividual por um ente privado, o que se revela completamente incompatível com a natureza desses bens. Esta natureza que os torna insuscetíveis de

---

20.8.2004". "APLICAÇÃO DA CONFISSÃO FICTA. Pretende o recorrente seja o Sindicato-autor considerado confesso, pelo fato de somente ter comparecido à audiência de instrução o seu advogado, embora com enorme atraso, a despeito do disposto na ata e na Súmula n. 74/TST. Pede também a aplicação da aludida cominação ao 1º requerente, MPT, que se recusou a depor sob o argumento de que está a defender direitos coletivos. De acordo com o entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula n. 74/TST, aplica-se a confissão à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor. Entretanto, na hipótese dos autos, há litisconsórcio ativo e, versando a demanda sobre direitos indisponíveis e sendo os fatos absolutamente comuns aos litisconsortes, a presença de um deles afasta a aplicação dos efeitos decorrentes da ausência do outro, não havendo como considerar verdadeiros os fatos diante de um, e não, em face do outro. Quanto à aplicação da confissão ao MPT, é incabível, pois quando este é parte na ação, não pode confessar, não presta depoimento pessoal e nem poderia ser de outra forma, mormente porque é titular, no caso vertente, do conteúdo processual da lide, e não, do direito material em litígio, sobre o qual não tem disponibilidade. Como bem pontuou a r. decisão recorrida, embora parte no processo, "o MPT representa a sociedade, sendo inviabilizada a confissão, objetivo maior do depoimento pessoal. Nada a prover." (TRT 3ª Região, 5ª T., Processo 00434-2004-016-03-00-0 — RO, Rel. Juiz Luiz Philippe V. de Mello Filho, Pub. 17.12.2005).



apropriação individual, de transmissão por *inter vivos* ou *mortis causa* e de renúncia ou transação.

Nada impede, mas a própria tutela do direito metaindividual aconselha, que a restrição sofra um temperamento para permitir-se uma conciliação a respeito de acessórios da pretensão principal, como a concessão de prazo para o saneamento imediato das irregularidades apontadas, ou o pagamento de perdas e danos ou o cumprimento de obrigação alternativa quando já exaurido o bem coletivo, entre outras situações, mas tal circunstância não se confunde com disposição de direitos.

Quanto aos direitos individuais homogêneos, embora sejam individualmente disponíveis, ao serem tutelados de forma coletiva, eles se tornam processualmente indisponíveis — ao menos durante a fase de conhecimento, já que na execução há a identificação dos titulares individuais —, obstando portanto o exercício de atos de disposição de direitos, como a renúncia e a transação, posto que o ente legitimado atua em nome próprio, na defesa de direito alheio, não configurando titular da pretensão material deduzida em juízo; não sendo proprietário desses interesses, não pode efetuar atos que impliquem sua disposição ou alienação. Aplica-se, *in casu*, o art. 213 do Código Civil que dispõe, *in verbis*: “Não tem eficácia a confissão se provém de quem não é capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados”.<sup>(13)</sup>

---

(13) Há uma dificuldade doutrinária de compreensão da natureza jurídica da legitimidade da atividade dos entes legitimados às ações coletivas à luz dos institutos, princípios e regras próprios do denominado microsistema das ações coletivas, cujo núcleo normativo é formado pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). Independentemente da denominação — legitimação extraordinária, substituição processual, legitimidade autônoma para o processo etc. — no âmbito das ações coletivas a atuação do ente legitimado (autor ideológico) é desvinculada de qualquer pretensão material própria (o que não ocorre nas hipóteses de substituição processual do processo individual onde sempre há uma comunhão de interesses materiais entre o substituto e o substituído). Assim, na realidade, a indisponibilidade material ou processual dos direitos tutelados em sede das ações coletivas, torna inadmissível e/ou ineficaz eventual depoimento pessoal do autor coletivo, independentemente da natureza do direito tutelado em juízo e do seu grau de disponibilidade. Poucos notaram essa característica da jurisdição coletiva. Entre estes Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich tangenciou a essência da questão, ao assinalar, *in verbis*: “A confissão direta em juízo ou mesmo a extrajudicial escrita só se hão de conceber pelos representantes legitimados — e não pelo Ministério Público — sobre fatos que se refiram a direitos que se inscrevam no plano da autonomia negocial coletiva, não se admitindo confissão de fatos pertinentes a direitos puramente individuais nem daqueles que versem sobre direitos indisponíveis.” (ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 418).



Se a indisponibilidade do direito tutelado, *per sí*, torna inadmissível a tomada de depoimento pessoal de membro do Ministério Público, outras características dessa instituição ou especificidades da sua atuação inviabilizam a aplicação deste meio de prova ao *Parquet*.

De fato, o Ministério Público constitui sujeito especial de todo e qualquer processo em que atua, seja como *custos legis* ou como parte formal, uma vez que a razão que justifica e determina a instituição do Ministério Público encontra-se na tutela dos interesses públicos primários da sociedade, aparecendo como um *tertium genus* entre o juiz e o conceito clássico de parte, já que os interesses por ele tutelados não se identificam com todos os interesses do litígio.<sup>(14)</sup>

Ao agir, o Ministério Público não atua na defesa de direito próprio, mas na tutela da sociedade e das coletividades, na condição de substituto processual ou de legitimado autônomo para o processo, fazendo-se ausente a bilateralidade material que justificasse a tomada de depoimento pessoal de membro do *Parquet*.

Nesse sentido é a jurisprudência dos Tribunais:

“DEPOIMENTO PESSOAL DE REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Constituindo-se o depoimento pessoal como meio de prova que objetiva obter a confissão, espontânea ou provocada, da parte contrária, inviável se mostra deferir pretensão em obter o depoimento pessoal do representante do Ministério Público, que atua na defesa dos interesses da sociedade, não podendo emitir conceitos próprios nem transigir acerca dos direitos tutelados.” (TJRS-AI- n. 70007613417-18ª C.Cível — Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, J. 24.6.2004).

“Agravo de instrumento. Assistência judiciária gratuita. Prova testemunhal. Desnecessidade. Promotora de justiça. Depoimento. Impossibilidade. I — À luz do princípio do amplo acesso à Justiça, a assistência judiciária pode ser pedida diretamente em agravo, todavia, nessa hipótese, limitando-se os benefícios tão somente ao recurso. II — Versando o agravo sobre vício formal — coação — supostamente ocorrida quando da assinatura do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, desnecessária a oitiva de testemunhas, se, conforme alegado pela própria agravante, ninguém presenciou o firmamento do mesmo. III — Impossível o depoimento pessoal da Promotora de Justiça,

(14) CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. v. II, p. 80.



visto que o Ministério Público atua como substituto processual, na defesa de interesses de toda a sociedade, representando esta, não podendo transigir acerca dos direitos discutidos.” (TRRS — 2ª C. Cível — AI — n. 70000230953 Rel. Des. Arno Werlang, J. 3.5.2000).

O Ministério Público, quando atua em juízo, não exerce um direito de ação, mas cumpre um dever de agir, o que reflete a sua natureza *sui generis*, como bem refletem as palavras de *Francesco Carnelutti*, ao se referir à tutela de interesses públicos pelo *Parquet*: “Exatamente porque são públicos, porquanto, *uti civis*, também o Ministério Público participa neles, mas o estímulo dos mesmos não se considera suficiente para garantir a eficácia da situação, pelo que esta, em lugar de um direito, é para o Ministério Público objeto de dever (*infra*, n. 262 e segs.). Por isso, se bem que do ponto de vista do que faz, o Ministério Público aproxima-se da parte e se contrapõe ao juiz, aproxima-se, pelo contrário, do juiz e se contrapõe à parte, sob o aspecto de porque atua, posto que, da mesma forma que o juiz, o Ministério Público não tem no processo um direito que exercitar, e sim um dever que cumprir”.<sup>(15)</sup>

Como ressalta *Hugo Nigro Mazzilli*, “Para o Ministério Público, há antes um dever de agir que direito. Por isso é que se afirma a obrigatoriedade e a conseqüente indisponibilidade da ação pelo Ministério Público”.<sup>(16)</sup> Esse dever de agir é igualmente ressaltado por *Francisco Antonio de Oliveira*: “Em se tratando do Ministério Público, existe um dever de agir e não um direito de agir, uma vez que enfeixa a qualidade de legitimação ativa para propor a ação e de *custos legis*”.<sup>(17)</sup>

Diferentemente até mesmo dos demais autores ideológicos igualmente legitimados para a tutela de interesses transindividuais, o *Parquet*, ao propor qualquer demanda, cumpre uma missão constitucional, um poder-dever, não um direito de ação, de forma que jamais se iguala àqueles que exercem um direito de agir, inclusive no que se refere à prestação de depoimento pessoal, típico ato de parte materialmente interessada no litígio, que integra *sponte propria*, assumindo, previamente, os riscos do seu depoimento pessoal. O Ministério Público

(15) CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. v. II, p. 80-81.

(16) MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 84.

(17) OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Ação civil pública: enfoques trabalhistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 109.



ao agir, o faz sempre no cumprimento de um dever, de uma missão constitucional, na tutela do interesse alheio (da sociedade, de coletividade, de incapazes etc.) que lhe foi confiado, deles jamais podendo dispor, ainda que sejam materialmente disponíveis por seus titulares.

Na verdade, pela natureza *sui generis* do Ministério Público e da sua atuação, a denotação de parte, mesmo que neologizada ou eufemizada, com expressões como parte formal, parte especial, parte imparcial e outras, mantém os equívocos cometidos na interpretação da atuação do Ministério Público, como a pretensão de depoimento pessoal de membro do *Parquet*. Esse aspecto não passou despercebido por *Francesco Carnelutti*: “A função do Ministério Público, portanto, pode se condensar em fórmula que se presta ao equívoco, mas que, apesar disso, serve para gravar a dificuldade do órgão judicial: O Ministério Público é uma parte imparcial. O contraste se apresenta, pois entre a função e a estrutura do órgão: o Ministério Público oferece o aspecto de um ser ambíguo entre a parte e o juiz: opera como aquela, mas está constituído como este”.<sup>(18)</sup>

Nesse mesmo sentido, posiciona-se *Elio Fazzalari* que, após esclarecer que a capacidade de agir do juiz é absolvida na investidura do cargo, isto é, pelo fato de ele ser admitido na ordem judiciária, assinala que “O mesmo vale para o Ministério Público, mesmo se ele atua como ‘parte’: trata-se sempre de órgão do Estado”.<sup>(19)</sup>

Nestes termos pronuncia-se *Hugo Nigro Mazzilli*: “Diz a lei que, exercitando a ação pública, ao Ministério Público cabem os mesmos poderes e ônus que às partes (CPC, art. 81). Essa assertiva feita pela lei deve ser entendida em termos, pois os membros do Ministério Público não prestam depoimento pessoal, não podem dispor, não

(18) CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, p.81.

(19) FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 363-4. Esta dificuldade de enquadramento da atuação do Ministério Público é sentida na estrutura do atual Código de Processo Civil, que concede tratamento diferenciado à instituição do *Parquet*, ora equiparando-a às partes, ora conferindo-lhe tratamento *sui generis*, distinto das partes, mas jamais colocando-a como parte. Nesse sentido, o Ministério Público vem especialmente tratado no Título III (Do Ministério Público) e não no Título II (Das partes e dos Procuradores), ambos os títulos são componentes do Livro I do Código de Processo Civil. Sensível à notória influência da doutrina italiana, o legislador processual foi enfático ao conceder tratamento de órgão ao Ministério Público, mesmo nas demandas em que atua como órgão agente, situação esta expressamente retratada no art. 81 do CPC, o qual equipara, quanto aos poderes e ônus, às partes.



podem confessar nem fazer o reconhecimento jurídico do pedido; não adiantam despesas, que serão pagas a final pelo vencido; não se sujeitam aos mesmos prazos para contestar e recorrer, gozando antes, de prazos dilatados para isso; não recebem nem são condenados em custas ou honorários advocatícios. Igualmente, nas ações movidas pela instituição, seus membros não se sujeitam à reconvenção, pois não haveria conexidade entre ação e reconvenção, que, sobretudo, sequer teriam as mesmas partes. E quando sucumbe, o Ministério Público não responsabiliza a si próprio, mas sim ao Estado, de que é órgão”.<sup>(20)</sup>

É da essência da condição de órgão a impessoalidade da atuação dos membros do *Parquet*, que se apresenta no processo como órgão único, não obstante a possibilidade de atuação, simultânea, conjunta ou sucessiva, de diversos membros na mesma relação jurídica processual. Trata-se do fenômeno da internalização processual do princípio da unidade do Ministério Público. Pode, inclusive, haver a atuação litisconsorcial de órgãos de Ministérios Públicos diversos (art. 5º, § 5º, Lei n. 7.347/85).

De fato, o Ministério Público é regido pelos princípios da indivisibilidade, unidade e independência funcional (art. 127, § 1º, da CF/88), de forma que as demandas propostas pelo *Parquet* são plenamente despersonalizadas, isto é, não se vinculam a um determinado Procurador ou Promotor, que pode ser substituído ou sucedido nas ações coletivas (como nas hipóteses de promoção, remoção para outra localidade, mudança de coordenadoria, falecimento etc.), observadas as normas legais e os princípios pertinentes à carreira, sem que tal circunstância acarrete a perda de identidade do Ministério Público no polo ativo da demanda. Desse modo, além de não fazer parte da relação jurídica material deduzida em juízo, o membro do Ministério Público pode inclusive não ter participado da investigação que deu origem à demanda.

Além da disponibilidade dos direitos tutelados, eventual depoimento pessoal de membro do Ministério Público, além de inadmissível, seria completamente despiendo uma vez que o *Parquet* não vivencia os fatos trazidos a juízo, sendo todas as informações adquiridas de terceiros ou da própria parte contrária e coligidas aos autos do inquérito

---

(20) MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 80-81.



civil público, cujos elementos probatórios instruem a propositura da demanda coletiva.

Como aponta *Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich*. “O Ministério Público, enquanto defensor constitucional dos direitos transindividuais, sobretudo os indisponíveis, não parece estar sujeito ao ônus de prestar depoimento pessoal. Quando é autor de ação civil pública, fá-lo de acordo com a teoria de cunho objetivo, no desempenho direito de função institucional, não é sequer representante dos titulares dos direitos em litígio. É parte no sentido processual, mas não no sentido material, uma vez que não participa diretamente dos fatos do litígio, não tendo, portanto, esclarecimentos do seu exclusivo conhecimento a prestar ao juiz sobre os fatos do mesmo litígio, que conhece apenas por meio de peças em que se amparou para a propositura da demanda”.<sup>(21)</sup>

Essa nota da despersonalização encontra-se nas diversas leis processuais (ex. art. 85 do CPC<sup>(22)</sup>) que, tal como indicado por *Francesco Carnelutti*, referem-se expressamente à atuação do “órgão” do Ministério Público em juízo (e não a membro), estando em consonância, *v. g.*, com o art. 85 da LC n. 75/93 que dispõe serem “órgãos” do Ministério Público do Trabalho, entre outros, o Procurador-Geral do Trabalho, os Subprocuradores-Gerais do Trabalho, os Procuradores Regionais do Trabalho e os Procuradores do Trabalho. O vocábulo órgão (do latim *organum*) originariamente expressa tudo aquilo que possa servir de meio à execução de algo; o instrumento ao qual se comete o desempenho de uma função determinada. No Direito adquire também a significação técnica de instituição legalmente organizada, encarregada de colocar em função uma determinada ordem de serviços.<sup>(23)</sup>

Como órgão, na condição de *custos legis* ou de parte, o Ministério Público atua instrumentalmente na defesa de interesse público, indisponível ou transindividual que não lhe é próprio, de forma que não pode

---

(21) ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 418.

(22) “Art. 85. O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou má-fé.” Distingue-se neste dispositivo a responsabilidade civil por atos cometidos por dolo ou fraude, da atuação processual despersonalizada do órgão.

(23) SILVA, Oscar José de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 578.



praticar atos de disposição, confessar e prestar depoimento pessoal. A despersonalização da sua atuação é corolário da própria despersonalização dos interesses públicos primários tutelados em juízo ou da atuação na condição de substituto processual de titulares de determinados direitos tutelados pelo *Parquet* em juízo.

A atuação do membro do Ministério Público equivale à presença orgânica de toda a instituição, observadas as regras da unidade e da indivisibilidade, nada impedindo também que no mesmo processo atuem simultaneamente, mas de forma harmônica e integrada, diversos membros do Ministério Público<sup>(24)</sup>, não havendo disponibilidade do direito por qualquer membro do *Parquet*. Assim, como o Magistrado, o órgão do Ministério Público, em virtude do princípio da unidade, toma conhecimento dos fatos quando já proposta a ação coletiva, nas hipóteses de atuação harmônica integrada ou sucessiva de membros do *Parquet*.

Como asseveram *Nelson Nery Juniore Rosa Maria Andrade Nery*, para quem “Em obediência ao princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, *caput*) a norma estabelece a igualdade de poderes e deveres do MP, quando autor da ACP ou réu em qualquer ação judicial, relativamente às partes. Há, no entanto, algumas mitigações desse princípio porque o MP parte não pode confessar, não presta depoimento pessoal, não adianta custas ou despesas nem é condenado em honorários e despesas processuais, quando vencido na ação”.<sup>(25)</sup>

#### 4. CONCLUSÕES

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127 da CF/88), que exerce um dever de agir em juízo (e não um direito de ação) na tutela de interesses relevantes que lhe foram confiados em consonância com a sua missão constitucional, o que concede a condição de sujeito especial do processo. Como sujeito especial e parte formal do processo e diante da indisponibilidade dos interesses tutelados, os quais não admitem confissão (art. 351 do CPC),

(24) MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 359.

(25) NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 524.



é inadmissível o depoimento pessoal de membro do Ministério Público nas ações em que officie como parte ou como *custos legis*. O membro do Ministério Público não participa da relação material subjacente ao objeto litigioso, tendo conhecimento dos fatos a partir de elementos alheios à sua pessoa, durante a instrução de inquérito civil público. Ademais, em virtude dos princípios da unidade e da indivisibilidade (art. 127, § 1º, CF/88), o órgão do Ministério Público atua de forma despersonalizada, não se vinculando pessoalmente à relação jurídica processual ou à investigação que deu origem à eventual demanda judicial.

##### 5. BIBLIOGRAFIA CITADA

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. v. 2.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 4.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Ação civil pública: enfoques trabalhistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, Oscar José de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). *Curso avançado de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.



## LIMITES DA JORNADA EXTRAORDINÁRIA HABITUAL

---

*Júlio César Lopes<sup>(\*)</sup>*

Os limites da jornada de trabalho, constitucionalmente assegurados, decorrem do direito à saúde, à dignidade e à vida do trabalhador. E o direito à saúde<sup>(1)</sup>, à dignidade e à vida, como direitos fundamentais, elevados a cláusula pétreia, devem ser assegurados imediatamente — art. 5º, § 1º, da Constituição da República —, não podendo ser restringidos e tão pouco necessitando de norma regulamentar posterior para ser aplicável.

*RESUMO: A desconsideração dos limites da jornada de trabalho, em confronto com o direito positivado na Consolidação das Leis do Trabalho e especialmente na Constituição da República, tem sido objeto de ponderações e críticas. São objetos do presente estudo os aspectos constitucionais e infraconstitucionais da limitação da jornada de trabalho, as possibilidades à limitação e, por fim, os reflexos da extrapolação da jornada de forma habitual frente à saúde e à dignidade do trabalhador.*

*PALAVRAS-CHAVE: Jornada de Trabalho; Limitação; Direito Fundamental.*

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu art. 4º, traça o seguinte norte sobre jornada de trabalho: “Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do

(\*) Assessor Jurídico do Ministério Público do Trabalho — Ofício de Criciúma, Santa Catarina — Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho.

(1) Direito à saúde é direito de segunda dimensão, direito positivo em face do Estado, diferente da primeira dimensão que exige um não agir do Estado.



empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”.

Jornada de trabalho, conforme *Delgado* (2007. p. 832):

“[...] é o lapso temporal diário em que o empregado se coloca à disposição do empregador em virtude do respectivo contrato. É, desse modo, a medida principal do tempo diário de disponibilidade do obreiro em face de seu empregador como resultado do cumprimento do contrato de trabalho que os vincula.”

Importante fixar que a jornada de trabalho é o tempo em que o trabalhador deve prestar serviços ou permanecer à disposição do empregador.

Por seu turno, este período ou lapso de disposição tem seus limites previstos na Constituição da República, sendo no máximo 8 horas diárias ou 44 horas semanais, conforme o art. 7º, inciso XIII, da CF: “[...] duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

Cabe assinalar que esta limitação constitucional da jornada não é inflexível, de sorte que, em situações excepcionais, poderá exceder os limites estabelecidos.

### **1. JORNADA DE TRABALHO EXTRAORDINÁRIA**

É imperioso destacar, antes de outras considerações, que a palavra *jornada*, conforme *Barros* (2006. p. 631), significa “o período, durante um dia, em que o empregado permanece à disposição do empregador”, de forma que a pronúncia jornada semanal ou jornada mensal entende-se como incorreta, e jornada diária caracteriza-se como pleonasma.

De outro lado, o termo *extraordinário*, conforme o Dicionário Aurélio Eletrônico — século XXI, significa:

“[...] Não ordinário; fora do comum; excepcional, anormal [...] Raro, singular, notável [...] Esquisito, extravagante; esdrúxulo [...]



Admirável, espantoso [...] Que só ocorre em dadas circunstâncias; não rotineiro; imprevisto [...] Encarregado de tarefa ou missão especial [...] Aquilo que não se faz habitualmente [...] Acontecimento fora do comum, imprevisto ou inesperado.

Consoante relatado, portanto, que a jornada extraordinária — como o próprio nome sugere — é a jornada não ordinária, fora do comum, aquela que ultrapassa a jornada normal fixada por lei. É, portanto, a atividade laboral que ultrapassa a jornada diária de trabalho, é a extrapolação da jornada.

## **2. LIMITES DA JORNADA DE TRABALHO EXTRAORDINÁRIA NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO**

O art. 59 da Consolidação das Leis do Trabalho prevê que 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.

Por outro lado, o art. 61 da CLT autoriza a jornada a exceder o limite legal nas seguintes hipóteses:

“Art. 61 — Ocorrendo *necessidade imperiosa*, poderá a duração *do trabalho exceder do limite legal ou convencionada*, seja para fazer face a motivo de *força maior*, seja para atender à *realização ou conclusão de serviços inadiáveis* ou *cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto*.

§ 1º O excesso, nos casos deste artigo, poderá ser exigido independentemente de acordo ou contrato coletivo e deverá ser comunicado, dentro de 10 (dez) dias, à autoridade competente em matéria de trabalho, ou, antes desse prazo, justificado no momento da fiscalização sem prejuízo dessa comunicação.

§ 2º Nos casos de excesso de horário por motivo de força maior, a remuneração da hora excedente não será inferior à da hora normal. Nos demais casos de excesso previstos neste artigo, a remuneração será, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) superior à da hora normal<sup>(2)</sup>, e

---

(2) A Constituição Federal de 1988 passou para 50%.



o trabalho não poderá exceder de 12 (doze) horas, desde que a lei não fixe expressamente outro limite.

§ 3º Sempre que ocorrer interrupção do trabalho, resultante de causas acidentais, ou de força maior, que determinem a impossibilidade de sua realização, a duração do trabalho poderá ser prorrogada pelo tempo necessário até o máximo de 2 (duas) horas, durante o número de dias indispensáveis à recuperação do tempo perdido, desde que não exceda de 10 (dez) horas diárias, em período não superior a 45 (quarenta e cinco) dias por ano, sujeita essa recuperação à prévia autorização da autoridade competente.” (grifo nosso)

Por conseguinte, o art. 501 da CLT define que “entende-se por força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente”.

Com base no § 3º do art. 61 da CLT, na hipótese de interrupção do serviço por motivo de força maior e serviços inadiáveis, a duração do trabalho poderá ser acrescida de 2 horas diárias, desde que não exceda a 10 horas e pelo tempo necessário à recuperação do tempo perdido, com autorização do Ministério do Trabalho. Consoante aos serviços inadiáveis ou cuja inexecução cause grave prejuízo manifesto, caracterizam-se pela impossibilidade de serem paralisados numa jornada e retomados no dia seguinte.

### **3. LIMITES DA JORNADA DE TRABALHO EXTRAORDINÁRIA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA**

Os limites da jornada de trabalho extraordinária na Constituição da República encontram-se expressos no art. 7º, inciso XIII, que aduz “[...] duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”. Insta observar que a Constituição fala somente em *compensação* ou *redução*, não se referindo a aumento de jornada.

Por sua vez, o art. 7º, inciso XVI, expressa que: “[...] São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal”.



Vê-se, desse ângulo, que a própria Constituição limitou a jornada de trabalho, primeiro, estabelecendo a jornada em oito horas diárias e quarenta e quatro semanais e, posteriormente, estabelecendo a remuneração mínima na hipótese excepcional de serviço extraordinário, não para qualquer hipótese de jornada extraordinária, como adotado pela maioria, mas tão somente para os casos que realmente justificam a extrapolação da mesma, conforme já visto anteriormente no art. 61 da CLT.

#### **4. JORNADA EXTRAORDINÁRIA HABITUAL**

É por demais sabido, que muitas categorias de trabalhadores são submetidas à jornada extraordinária habitual e diária. Vale referir, por extremamente pertinente, o expressivo número de súmulas do TST que dispõem a respeito, o que demonstra o conhecimento oficial pelo Tribunal Superior do Trabalho da precarização e uso abusivo da jornada excessiva.

Como anotado, citam-se as Súmulas ns. 24, 45, 85, 113, 115, 172, 291, 347 e 376<sup>(3)</sup> que, de modo geral, apresentam os reflexos

(3) Súmula n. 24 do TST — SERVIÇO EXTRAORDINÁRIO (mantida) — Res. n. 121/03, DJ 19, 20 e 21.11.2003 — Insere-se no cálculo da indenização por antiguidade o salário relativo a serviço extraordinário, desde que habitualmente prestado.

Súmula n. 45 do TST — SERVIÇO SUPLEMENTAR (mantida) — Res. n. 121/03, DJ 19, 20 e 21.11.2003 — A remuneração do serviço suplementar, habitualmente prestado, integra o cálculo da gratificação natalina prevista na Lei n. 4.090, de 13.7.1962.

Súmula n. 85 do TST — COMPENSAÇÃO DE JORNADA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais ns. 182, 220 e 223 da SBDI-1) — Res. n. 129/05, DJ 20, 22 e 25.4.2005 — [...] IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário.

Súmula n. 113 do TST — BANCÁRIO. SÁBADO. DIA ÚTIL (mantida) — Res. n. 121/03, DJ 19, 20 e 21.11.2003 — O sábado do bancário é dia útil não trabalhado, não dia de repouso remunerado. Não cabe a repercussão do pagamento de horas extras habituais em sua remuneração.

Súmula n. 115 do TST — HORAS EXTRAS. GRATIFICAÇÕES SEMESTRAIS (nova redação) — Res. n. 121/03, DJ 19, 20 e 21.11.2003 — O valor das horas extras habituais integra a remuneração do trabalhador para o cálculo das gratificações semestrais.

Súmula n. 172 do TST — REPOUSO REMUNERADO. HORAS EXTRAS. CÁLCULO (mantida) — Res. n. 121/03, DJ 19, 20 e 21.11.2003 — Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas. (ex-Prejulgado n. 52).

Súmula n. 291 do TST — HORAS EXTRAS (mantida) — Res. n. 121/03, DJ 19, 20 e 21.11.2003 — A supressão, pelo empregador, do serviço suplementar prestado com



advindos dos casos de horas extras habituais, explicitando que refletem em face de hipóteses de indenização por antiguidade, sobrepõem sobre acordo de compensação de jornada e, repercutem, entre outros, no 13º salário, repouso remunerado e gratificações semestrais.

Sobre o assunto, calha invocar o testemunho intelectual do Ministro do TST, *Vantuil Abdala* (2003. p. 2), que entende que se deveria banir com o uso permanente da jornada extraordinária, por representar desequilíbrio no mercado de trabalho, acidentes laborais e prejuízos ao Estado, criticando, ainda, o desrespeito à regra da jornada de 8 (oito) horas.

Extremamente oportunas, sob tal aspecto, as observações feitas no acórdão relatado por *Manzi* (2007. p. 17) do Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina — TRT-SC:

*“[...] certo é que, por força da ordem pública que rege o controle das jornadas de trabalho, não se admite que a manutenção da atividade econômica seja viabilizada mediante tornar precárias as condições de trabalho, mormente, quando se quer atingir uma conquista histórica da classe trabalhadora, que avança em seu favor desde a Revolução Industrial ocorrida no século XVIII.*

*Este é um discurso bastante corrente, nos dias de hoje. Em nome de um pretensão aumento nos postos de trabalho, sustenta-se a precarização das mesmas condições e do próprio emprego, quando, a experiência europeia, principalmente espanhola, indica o caminho inverso. Aliás,*

**habitualidade**, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares efetivamente trabalhadas nos últimos 12 (doze) meses, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão. **Súmula n. 347 do TST — HORAS EXTRAS HABITUAIS. APURAÇÃO. MÉDIA FÍSICA** (mantida) — Res. n. 121/03, DJ 19, 20 e 21.11.2003 — O cálculo do valor das horas extras habituais, para efeito de reflexos em verbas trabalhistas, observará o número de horas efetivamente prestadas e a ele aplica-se o valor do salário-hora da época do pagamento daquelas verbas.

**Súmula n. 376 do TST — HORAS EXTRAS. LIMITAÇÃO. ART. 59 DA CLT. REFLEXOS** (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 89 e 117 da SBDI-1) — Res. n. 129/05, DJ 20, 22 e 25.4.2005 — I — A limitação legal da jornada suplementar a duas horas diárias não exime o empregador de pagar todas as horas trabalhadas. (ex-OJ n. 117 da SBDI-1 — inserida em 20.11.1997); II — O valor das horas extras habitualmente prestadas integra o cálculo dos haveres trabalhistas, independentemente da limitação prevista no *caput* do art. 59 da CLT. (ex-OJ n. 89 da SBDI-1 — inserida em 28.4.1997)



*quanto mais se autoriza a livre pactuação de horas, compensação etc., se está, na realidade, reduzindo o número de postos de trabalho.* (grifo nosso)

[...] Nessa toada, no que tange à duração da prestação de serviço, as pequenas variações toleradas pelo ordenamento jurídico são apenas aquelas cogitadas no § 1º do art. 58 da CLT, e nada mais. E o reconhecimento de validade das condições pactuadas em acordos coletivos de trabalho — e, em consequência, o respeito aos aludidos instrumentos, mesmo que firmados por meio de concessões mútuas — depende de terem ou não sido desprezadas as normas relativas a essa matéria, citada por *Mauricio Godinho Delgado* como integrante do *patamar mínimo civilizatório* que impõe limite ao princípio da adequação setorial negociada que informa o direito coletivo do trabalho. (grifo do autor)

Isso porque *a proteção do trabalhador em relação ao aumento de sua jornada visa a resguardar, dentre outros efeitos, sua saúde e segurança — esta no ambiente de trabalho — direitos sociais relacionados no art. 6º da Constituição Federal dotados de eficácia imediata horizontal em dimensão objetiva capaz de obstar seja reconhecido lícito sonegá-los nas relações mantidas entre particulares.*” (grifo nosso)

No entendimento de *Nascimento* (1992. p. 259): “As horas extras só devem ser admitidas nos casos em que há necessidade imperiosa da empresa, quer para a conclusão de serviços inadiáveis, quer para a execução de serviços que não sendo efetivados podem prejudicá-la”.

Veja-se que o não ordinário e excepcional a muito vêm se incorporando, ganhando força, de forma que uma exceção estabelecida num Decreto-lei de 1943 — Consolidação das Leis do Trabalho — recepcionada como Lei Ordinária, tem sido aceito quase como regra, como normal e não uma exceção propriamente dita.

##### **5. JORNADA EXTRAORDINÁRIA HABITUAL X SAÚDE DO TRABALHADOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

Destaca-se, inicialmente, que a regra geral da jornada de trabalho é não ser superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais,



pois se assim não fosse, a CF teria previsto uma jornada de 10 horas com as duas últimas horas facultativas. Porém, a regra virou exceção. A jornada extraordinária, em alguns seguimentos, tornou-se permanente, com ofensa a princípios do direito do trabalho e preceitos constitucionais, e o que é pior, com ônus à saúde do trabalhador.

Por oportuno, *Cesarino Jr.* (1970. p. 291), numa reflexão profunda, pondera que:

“Na *organização corporativa medieval* a jornada de trabalho durava *de sol a sol*. O predomínio do *liberalismo* fez conhecer os abusos de dias de trabalho de *15, 17 e até 18* horas de trabalho, mal restando ao operário tempo para dormir e comer suficientemente [...] com a *Revolução Francesa* de 1848, a duração diária do trabalho *foi reduzida em Paris a 10 horas* e nas províncias a 11 horas. [...] [...] Na sua memorável *Rerum Novarum*, afirmou *Leão XIII*: ‘o direito ao descanso de cada dia, assim como a cessação do trabalho no dia do Senhor, deve ser a *condição expressa ou tácita* de todo o contrato feito entre patrões e operários. *Onde esta condição não entrar, o contrato não será probo*, pois ninguém pode exigir ou prometer a *violação dos deveres do homem* para com Deus e para consigo mesmo’.” (grifo nosso)

Conforme *Saad* (2007. p. 147-148):

“A *fixação da jornada normal* obedeceu a um *critério fisiológico* calcado na convicção de que *trabalhar mais de 8 horas por dia e por todo o tempo é prejudicial à saúde*.

Nesta linha de raciocínio *é condenável a prática imperante* em amplos setores empresariais de *o trabalhador e o empregador firmarem acordo para prestação permanente de trabalho extraordinário, ainda que inexistentes situações excepcionais e temporárias*.” (grifo nosso)

Fixadas essas premissas, forçoso é admitir a permanência da jornada extraordinária nos moldes atuais aplicando-se o art. 59 da CLT — anterior à CF —, ou seja, prolongando a jornada por intermédio de contrato sem conjugar com o art. 61 da CLT e o art. 7º, XIII, da CF — situações excepcionais — ou até mesmo aceitar sua recepção.



### **5.1. Indisponibilidade da ampliação da jornada via acordo ou convenção coletiva**

A saúde do trabalhador como direito fundamental está prevista, entre outros, nos seguintes dispositivos da CF:

“Art. 6º São *direitos sociais* a educação, a *saúde*, 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.

[...] 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*,

[...] Art. 23. É *competência comum* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II — *cuidar da saúde* e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

[...] 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.

Art. 197. *São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público* dispor, nos termos da lei, sobre sua *regulamentação, fiscalização e controle*, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.” (grifo nosso)

Diante da ampla previsão constitucional, destacando a saúde como direito fundamental, não se pode considerar como válida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho que disponha da saúde do trabalhador — direito fundamental integrante da dignidade do trabalhador —, pois afronta normas de ordem pública que não estão sujeitas à negociação coletiva, por serem direito indisponível do trabalhador.

No sentido de que o direito fundamental à saúde é indisponível, devendo ser interpretado sempre com vistas à Lei Maior, foi aprovado o Enunciado n. 1 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na



Justiça do Trabalho da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho — ANAMATRA (2007. p. 1):

*“Os direitos fundamentais devem ser interpretados e aplicados de maneira a preservar a integridade sistêmica da Constituição, a estabilizar as relações sociais e, acima de tudo, a oferecer a devida tutela ao titular do direito fundamental. No Direito do Trabalho, deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana.”* (grifo nosso)

Reforçando esse entendimento, ainda que sem efeito obrigatório, mas como sinalizador do entendimento da magistratura trabalhista brasileira, segue o Enunciado n. 9, publicado pela ANAMATRA (2007, p. 3), nos seguinte termos:

*“I — FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS. Impossibilidade de desregulamentação dos direitos sociais fundamentais, por se tratar de normas contidas na cláusula de intangibilidade prevista no art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição da República.*

*II — DIREITO DO TRABALHO. PRINCÍPIOS. EFICÁCIA. A negociação coletiva que reduz garantias dos trabalhadores asseguradas em normas constitucionais e legais ofende princípios do Direito do Trabalho. A quebra da hierarquia das fontes é válida na hipótese de o instrumento inferior ser mais vantajoso para o trabalhador.”* (grifo nosso)

Em outras palavras, nenhum interesse de classe ou particular deve prevalecer sobre o interesse público, conforme o art. 8º da CLT.

Corroborando, preceitua o art. 468 da CLT que:

*“Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.”* (grifo nosso)

Outro ponto digno de nota foi a introdução da jornada de trabalho parcial prevista no art. 58-A da CLT: “aquele cuja duração não exceda a vinte e cinco horas semanais” e também merece destaque o novo § 4º do art. 59, introduzido na CLT no ano de 2001: “Os empregados sob regime de tempo parcial não poderão prestar horas extras”. Cabe registrar, neste ponto, que o art. 58-A e o § 4º do art. 59 foram introduzidos



na CLT após a nova ordem constitucional — diferente do art. 59 — não autorizando a possibilidade de horas extras para trabalho parcial, e confirmando a vontade da Lei Maior, de que a regra é jornada de 8 (oito) horas, não devendo se prolongar a jornada além do constitucionalmente previsto. Como nota-se, é incabível afirmar a possibilidade de jornada extraordinária apenas com espeque no art. 59 da CLT, necessário verificar o conjunto de normas que tratam da hipótese que segundo *Streck; Cárcova; Bobbio* (*apud* MELO, 2006. p. 217):

*“A tarefa do intérprete contemporâneo será muitas vezes, ‘abrir uma clareira do Direito para desocultá-lo’, para torná-lo visível, porque ‘nem todos podem compreender o discurso opaco, crítico e, com isso, distante e indisponível’. É preciso, [...] tornar efetivos os direitos do homem, porque, à medida que as pretensões [...] aumentam, a sua satisfação torna-se mais difícil, como ocorre com as garantias sociais, sendo, nesse sentido, da maior importância o papel do intérprete para fazer valer esses direitos.”* (grifo nosso)

De outro norte, não se pode desconsiderar que o baixo poder de compra dos salários, a queda do poder aquisitivo, o desemprego e a pressão do empregador fazem com que o trabalhador aceite o elasticamento habitual da sua jornada. Porém, conforme *Pamplona Filho* (2005. p. 10):

*“[...] o contrato não pode ser mais encarado da mesma forma que o era quando da plenitude do liberalismo, mas sim sob o enfoque de uma solidariedade social que prestigie a efetiva manifestação da vontade, com prestígio à boa-fé e à equivalência material das partes, realizando o macroprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pois o contrato é instrumento a serviço da sociedade, e não é a sociedade que deve se submeter, de forma absoluta e axiologicamente deplorável, aos abusos dos que se valem do contrato para impor o seu poder.”* (grifo nosso)

Registra-se, ainda, que, além de ofensa à Constituição da República e à Consolidação das Leis do Trabalho, encontra-se até mesmo



no Código Civil de 2002, no art. 156<sup>(4)</sup>, preceito intitulado de “estado de perigo”, como possível hipótese em que o trabalhador submete-se ao trabalho excessivo diante da necessidade de melhor remuneração e de se manter no posto de trabalho.

Por fim, o art. 149 do Código Penal traz as hipóteses de redução à condição análoga à de escravo:

“Art. 149. *Reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto [...].*” (grifo nosso)

Considerando que o trabalhador muitas vezes não tem força para resistir à “convocação” do empregador para cumprimento da jornada extraordinária, pode-se, inclusive, cogitar-se da tipificação penal acima, ainda que implicitamente, já que trabalho escravo não pode ser considerado apenas aquele explícito das grandes fazendas do interior, mas também os implícitos da zona urbana, contratos de trabalho de adesão que fazem os trabalhadores disponibilizarem e renunciarem direitos que precarizam sua saúde, dignidade e vida, e atentam contra a ordem jurídica.

## ***5.2. Força normativa da Constituição da República***

Cumpramos lembrar, que a Constituição está no topo da pirâmide normativa, sobrepondo-se a qualquer outra norma<sup>(5)</sup>. Por outro lado, “não pode ser considerado um simples pedaço de papel”, conforme referido por *Hesse* (*apud* PEDRA, 2003. p. 6), pelo contrário, merece o mais amplo respeito a sua força normativa. Tudo isso é dito para demonstrar que não se pode negar eficácia aos preceitos constitucionais. Em palavras outras, deve ser dada à máxima efetividade aos preceitos constitucionais, principalmente os direitos fundamentais.

(4) Código Civil, 2002: Art.156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

(5) A propósito foi este o entendimento do TST em 17.9.2007: “[...] TST não conheceu do recurso e manteve a supremacia da norma constitucional”. (RR-831/2005-003-20-00.4). (grifo nosso) Disponível em: <[http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no\\_noticias](http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no_noticias)> Acesso em: 19.2.2008.



O então professor e atual ministro do STF, *Eros Roberto Grau* (*apud* PEDRA, 2003. p. 11), num texto pré-Constituição de 1988 já profetizava a força normativa que deveria ter a Lei das Leis:

*“A Constituição que queremos, com raízes fincadas no coração do povo, há de ser pragmática, e não programática; há de ser um instrumento de ação social, e não repositório de expressões de utopia de uma elite intelectualizada, a serviço da elite mais dotada de poderes de dominação social.”* (grifo nosso)

*Barroso* (*apud* PEDRA, 2003. p. 11) também já escreveu que:

*“O direito constitucional brasileiro vive um momento virtuoso [...] Passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento da sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, superada a fase em que era tratada como um conjunto de aspirações políticas e uma convocação à atuação dos Poderes Públicos.”* (grifo nosso)

Nunca é demais relembrar que “Não cabe ao Poder Judiciário adentrar no mérito político da norma, a menos que afronte a CF” (DARÓS, 2007. p. 1), também não pode o Judiciário substituir o poder Legislativo em ofensa à repartição dos Poderes, mas aceitar uma jornada acima do normal, com observância apenas e tão somente ao art. 59, sem a adequação ao art. 61 da CLT e principalmente ao art. 7º, inciso XIII da CF, ofende o direito à saúde, à vida e à dignidade do trabalhador e, por conseguinte, afronta as cláusulas pétreas, que nem mesmo por emenda constitucional<sup>(6)</sup> podem ser vulnerados, possibilitando, assim, que o Poder Judiciário, quando provocado, adentre na vontade da lei. E, se não se concordar com a ideia de possibilidade de o Judiciário adentrar no mérito da razoabilidade das leis, não seria, por consequência, aceitável que um juiz deixasse de aplicar incidentalmente lei ou ato normativo por ele considerado inconstitucional, o que se sabe ser plenamente indiscutível.

(6) É o que determina o art. 60, § 4º, da Constituição Federal, ao afirmar que: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.”



Não se pode aceitar o retrocesso de garantias constitucionais, de sorte que a saúde do trabalhador, como direito fundamental, blindada como cláusula pétrea, é inegociável e intangível. A propósito, o Ministro do STF, *Marco Aurélio* (2007. p. 3), salientou que uma emenda constitucional não pode desfazer garantias. Daí se vê com maior clareza que, -se uma emenda constitucional não pode desfazer garantias constitucionais, o que não dizer de lei ordinária pré-constitucional.

Também no Ministro *Celso de Mello* (2007. p. 3) encontra-se apoio a essa posição, destacando que o princípio da proibição do retrocesso que, em termos de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas conquistas já alcançadas pelo cidadão.

Alternativamente aos precedentes constitucionais anteriormente citados — não recepção, não retrocesso, indisponibilidade —, *Godinho* (2006. p. 432) fala que alguns defendem a não recepção pela CF do art. 59 da CLT, desse modo, é possível compreender que se teses existem contra a recepção do art. 59, é porque dúvidas existem e, logo, havendo dúvidas, deve-se aplicar, na interpretação, o princípio do *in dubio pro operario* — princípio consagrado pelo Direito do Trabalho —, de forma que, na hipótese ao longo tratada, a interpretação jurídico-constitucional se mostra mais favorável ao empregado.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de tudo o que foi salientado, verifica-se que uma exceção ao limite da jornada de trabalho, por mais que aceita pela jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho, com todas as vênias, não pode sobrepor a um direito fundamental.

Salienta-se, ainda, que projetos de lei para diminuir a jornada de trabalho tramitam no Congresso Nacional, porém diminuir a jornada e deixar permanecer a possibilidade de realização de horas extras indistintamente, e não em situações excepcionais, continuar-se-á vulnerando a saúde e dignidade dos trabalhadores.

Do ponto de vista sociológico, a prática da jornada de trabalho extraordinária de forma habitual serve de obstáculo à geração de novos postos de trabalho, de sorte que a realização generalizada da jornada extraordinária, agravada pela compensação da jornada, resulta num considerável número de trabalhadores laborando em longas jornadas, enquanto muitos outros permanecem desempregados.



Do ponto de vista constitucional, a jornada de trabalho nos moldes atuais, além da defensável possibilidade de não recepção pela Constituição da República, tendo em vista que prevê apenas a compensação e redução da jornada (art. 7º, XIII) e mais à frente (art. 7º, XVI), expressa que o serviço extraordinário terá remuneração superior, deve ser aplicada apenas para os casos realmente anormais, destaca-se ainda o ônus à saúde — pelas doenças ocupacionais — e segurança que ferem por consequência a dignidade do trabalhador.

Por derradeiro, é sabido que o trabalhador não está obrigado a trabalhar além da jornada, salvo nas hipóteses do art. 61 da CLT — força maior ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto —, ou seja, situações realmente excepcionais, porém, qual trabalhador terá força individualmente para resistir à “convocação” do empregador? É por estas e outras que cabe aos legitimados, para prevenir ou afastar a permanência ou ameaça de ofensa, na defesa da saúde, da vida e da dignidade dos trabalhadores ajuizarem ação judicial cabível para resguardar esses direitos, quais sejam: extrapolar a jornada diária apenas nas hipóteses previstas no art. 61 da CLT, já que o Poder Judiciário, que não excluirá de sua apreciação lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF/88), a muito vem reconhecendo a hierarquia e força da Constituição da República como instrumento próprio e autônomo para concretizar direitos fundamentais.

#### **REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS**

ABDALA, Vantuil. *Vantuil defende mudanças em alguns itens da CLT*. Notícias do TST de 7.11.2003. Disponível em: <[http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no\\_noticias](http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no_noticias)> Acesso em: 19.2.2008.

ANAMATRA. *Enunciado n. 1 — Direitos fundamentais. Interpretação e aplicação*. 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. 2007. Disponível em: <[http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados\\_aprovados.cfm](http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados_aprovados.cfm)> Acesso em: 14.1.2008.

\_\_\_\_\_. *Enunciado n. 9 — I — Flexibilização dos direitos sociais; II — Direito do trabalho. Princípios. Eficácia*. 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho 2007. Disponível em: <[http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados\\_aprovados.cfm](http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados_aprovados.cfm)> Acesso em: 14.1.2008.



BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina. *Recurso Ordinário 00357-2006-020-12-00-0*. Relator: José Ernesto Manzi. Publicado no Diário da Justiça de 19 julho 2007. Disponível em: <<http://www3.trt12.gov.br/juris>> Acesso em: 19.2.2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *INAMS 1998.04.01.017397-6*. Relator: Vilson Darós. Publicado em 16 out. 2007. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br/trf4/jurisprudencia/informativo.php>> Acesso em: 19.2.2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.104. Relator: Carmen Lúcia. Publicado em 9 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3104>> Acesso em: 19.2.2008.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 13.2.2008.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 13.2.2008.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro 1940. *Código Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 13.2.2008.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 13.2.2008.

CESARINO JR., A. F. *Direito social brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1970. v. 2.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio eletrônico* — século XXI. Versão 3.0. São Paulo: Nova Fronteira e Lexikon Informática, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 1992.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Esboçando uma teoria geral dos contratos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 682, 18 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6726>> Acesso em: 11.1.2008.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Interpretação e aplicabilidade da Constituição: em busca de um direito civil constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 99, 10 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4266>> Acesso em: 19.2.2008.

SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada*. 40. ed. São Paulo: LTr, 2007.



## CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL E DIREITO DE OPOSIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA ORDEM DE SERVIÇO N. 1/09 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO

---

*Alberto Emiliano de Oliveira Neto<sup>(\*)</sup>*

### **INTRODUÇÃO**

No último dia 24 de março de 2009, o Ministro de Estado do Trabalho e Emprego *Carlos Lupi*, alegando uso de suas atribuições e em face da necessidade de orientar a atuação dos Auditores-Fiscais do Trabalho, editou a Ordem de Serviço n. 1 que trata da cobrança da contribuição assistencial pelas entidades sindicais (anexo). Em caso de descumprimento das diretrizes fixadas no referido ato normativo, a contribuição assistencial padecerá de ilegalidade perante os órgãos do Ministério do Trabalho e Emprego (OS n. 1/09, art. 3º).

De acordo com o art. 1º da Ordem de Serviço n. 1/09, é possível a cobrança da contribuição assistencial de todos os trabalhadores, filiados e não filiados ao sindicato, desde que tal contribuição: seja instituída em assembleia geral com ampla participação dos trabalhadores da categoria; previsão em acordo ou convenção coletiva; bem como que seja garantido o exercício do direito de oposição ao trabalhador não sindicalizado.

A legalidade da cobrança da contribuição assistencial dependerá da informação do sindicato ao empregador e aos empregados do valor

---

(\*) Procurador do Trabalho e Mestre em Direito pela PUC-SP.



ou da forma de seu cálculo. Quanto ao **direito de oposição** será exercido pelo trabalhador não sindicalizado por meio de apresentação de carta ao sindicato no prazo de dez dias a contar da notícia da instituição da contribuição. Em caso de recusa do sindicato, caberá ao trabalhador remeter a referida carta por via postal com aviso de recebimento. Deverá ainda o trabalhador comunicar ao empregador a respeito do exercício do direito de oposição para que esse se abstenha de proceder ao desconto (OS n. 1/09, art. 2º, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º).

### ***BREVE HISTÓRICO DA CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL***

O legislador ordinário incumbiu aos sindicatos uma série de funções de cunho eminentemente assistencialista. De acordo com o art. 592 da CLT, compete aos sindicatos, utilizando-se de recursos oriundos da contribuição sindical, a prestação de assistência jurídica, médica, dentária, hospitalar, farmacêutica, maternidade, dentre outras. A assistência jurídica aos seus associados, inclusive, é dever das entidades sindicais, segundo o art. 514, *b*, da CLT. Esse papel assistencial dos sindicatos foi fortalecido pelo Governo brasileiro a partir da segunda metade da década de 1960.

Durante o regime militar iniciado com o Golpe de 64, o Ministério do Trabalho e Emprego, por meio do Fundo de Assistência Sindical — FAS, financiou a construção de sedes majestosas para sindicatos. O Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, por sua vez, firmou convênios para a instalação de ambulatórios médico-odontológicos, cabendo aos governos estaduais doarem terrenos para a construção de sedes de lazer no litoral. Em consequência, o imposto sindical restou insuficiente para arcar com todos esses novos gastos assistenciais, sendo necessária a criação de outras espécies de contribuições, dentre as quais a contribuição assistencial, própria ao sustento da atividade assistencialista exercida pelos sindicatos<sup>(1)</sup>.

A contribuição assistencial, pois, surge nesse período, primeiramente em sentenças normativas, acolhendo pretensão aprovada em assembleia dos trabalhadores. Posteriormente, em convenções coletivas, tendo como primeiro beneficiário o Sindicato dos Trabalhadores da

(1) AROUCA. *O futuro do direito sindical*, p. 655.



Construção Civil e Mobiliário em São Paulo. Com o passar do tempo, tendo em vista certa facilidade em sua criação, a contribuição assistencial passou a ser inserida na grande maioria das sentenças normativas e convenções coletivas para custear as funções assistencialistas previstas no art. 592 da CLT e supostas despesas com as quais essas entidades teriam de arcar durante a realização de campanhas salariais<sup>(2)</sup>.

### ***INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA ORDEM DE SERVIÇO N. 1/09***

A Ordem de Serviço n. 1/09 tem natureza jurídica de ato administrativo interno, razão pela qual não produz efeitos sobre todo o universo jurídico, vinculando apenas os Auditores-Fiscais do Trabalho no exercício de suas atribuições.

Segundo *Hely Lopes Meirelles*,

“Caso se busque atribuir a referido instrumento a natureza jurídica de norma que vincula a atividade de todos os operadores do direito, a Ordem de Serviço n. 1/09 padecerá de inconstitucionalidade formal, já que o Ministro do Trabalho e Emprego não detém atribuição constitucional para regular matéria de atribuição do Congresso Nacional. Especificamente, o Ministério do Trabalho e Emprego já tentou regulamentar a questão. Por meio da Portaria n. 160/04 acabou por proibir a cobrança da contribuição assistencial dos trabalhadores não filiados ao sindicato. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, provocado por duas ações diretas de inconstitucionalidade relatadas pelo Ministro Marco Aurélio, manifestou-se a respeito pela inconstitucionalidade de referido instrumento normativo:

CONTRIBUIÇÕES — CATEGORIAS PROFISSIONAIS — REGÊNCIA — PORTARIA — INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. A regência das contribuições sindicais há de se fazer mediante lei no sentido formal e

---

(2) MELO, Raimundo Simão de. A contribuição assistencial sindical sob a nova ótica do Ministério Público do Trabalho e do Judiciário. *Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba: Genesis, n. 19, p. 33, jul. 1994.



material, conflitando com a Carta da República, considerada a forma, portaria do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, disciplinando o tema.” (STF, ADI 3206 e ADI 3353, Relator Min. Marco Aurélio, Publ. DJ 26.8.2005)

Portanto, a Ordem de Serviço n. 1/09 é ato administrativo interno que vincula apenas os subordinados ao Ministro do Trabalho e Emprego. Outrossim, eventual interpretação que busque dar maior amplitude à referida ordem de serviço padecerá de inconstitucionalidade formal por conta da ausência de previsão constitucional para que o Ministro do Trabalho e Emprego legisle sobre o tema, pois se trata de matéria restrita à atividade legislativa do Congresso Nacional.

“INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA ORDEM DE SERVIÇO N. 1/09 POR CONTA DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE SINDICAL. Se ao sindicato é facultado criar outras modalidades de contribuição, resta saber se a Constituição de 88 não teria restringindo a amplitude de referido dispositivo. Segundo Martins, a expressão do art. 513, e, da CLT, *impor contribuições*, deveria ser substituída pela permissão conferida ao sindicato para arrecadar contribuições que lhes são pertinentes como pessoa jurídica de direito privado. A faculdade de impor contribuições prevista no art. 138 da Constituição de 1937 não mais persiste. Logo, apenas ao Estado cabe impor contribuições, jamais aos sindicatos.”<sup>(3)</sup>

Sob pena de violação à liberdade sindical, não se admite a instituição de contribuição pecuniária a trabalhadores que não integram o quadro associativo de determinada associação sindical. Tal prática implica em sindicalização forçada, já que a obrigação de contribuir para com o financiamento da associação sindical só pode ser atribuída aos membros de tal entidade, cuja livre adesão resulta na concordância para com as obrigações estatutárias, dentre as quais a de contribuir para o financiamento das atividades sindicais. A Constituição de 88 assegura o direito de livre associação e a liberdade sindical, inclusive em seu aspecto negativo. Nos termos de seu texto, ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado, muito menos ser obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado ao sindicato (CF, arts. 5º, XX, e 8º, V).

---

(3) MARTINS. *Contribuições sindicais*, p. 140.



De fato, a Constituição de 88 alterou substancialmente o regime sindical brasileiro, desatrelando-o do Estado opressor e consagrando novo sistema de liberdade sindical, que, se ainda não é total, pelos menos não admite a sindicalização e, por consequência, a contribuição forçada<sup>(4)</sup>.

Não obstante, a posição do Supremo Tribunal Federal a respeito da contribuição assistencial sempre foi pautada pela observância da liberdade sindical. Em um primeiro momento, contudo, adotou-se entendimento pela sua admissibilidade, desde que assegurado o direito de oposição. Em ação proposta pelo Ministério Público do Trabalho, assim decidiu:

“Sentença normativa. Cláusula relativa à Contribuição assistencial. Sua legitimidade desde que interpretada no sentido de assegurar-se, previamente, ao empregado, a oportunidade de opor-se à efetivação do desconto respectivo.” (STF, RE 220.700, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 6.10.88, *DJ* de 13.11.98)

Em decisões posteriores tratando do tema, o entendimento da referida Corte alterou-se. A partir de determinado momento seus Ministros passaram a entender pela ausência de matéria constitucional, resultando no não conhecimento dos recursos envolvendo processos sobre o tema contribuição assistencial:

“DECISÃO Vistos. Sindicato dos Trabalhadores em Hotéis, *Apart Hotéis*, *Motéis*, *Flats*, *Pensões*, *Hospedarias*, *Pousadas*, *Restaurantes*, *Churrascarias*, *Cantinas*, *Pizzarias*, *Bares*, *Lanchonetes*, *Sorveterias*, *Confeitarias*, *Docerias*, *Buffets*, *Fast-Foods* e *Assemelhados* de São Paulo e Região interpõe agravo de instrumento contra o despacho que não admitiu recurso extraordinário assentado em contrariedade aos arts. 5º, inciso XX, 7º, inciso XXVI, e 8º, *caput* e incisos III, IV e V, da Constituição Federal. Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, assim ementado: AGRAVO DE INSTRUMENTO — RECURSO DE REVISTA — PRELIMINAR DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ARGUIDA DE FORMA GENÉRICA — FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO PEDIDO. Tendo o Recorrente, para embasar a preliminar de nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional, lançando argumentos genéricos,

(4) MELO. *Op. cit.*, p. 33 e 34.



sem especificar em que pontos o Regional foi omissivo, reportando-se às assertivas lançadas nos embargos de declaração sem sequer transcrevê-los, seu apelo não pode ser impulsionado pela preliminar em liça, porquanto desfundamentado. 2) CONTRIBUIÇÕES ASSISTENCIAIS — COBRANÇA DE EMPREGADOS NÃO FILIADOS AO SINDICATO — ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 17 E PRECEDENTE NORMATIVO N. 119, AMBOS DA SDC DO TST. A decisão regional deslindou a controvérsia em consonância com a Orientação Jurisprudencial n. 17 da SDC do TST, segundo a qual as cláusulas coletivas que estabeleçam contribuição em favor de entidade sindical, a qualquer título, obrigando trabalhadores não sindicalizados, são ofensivas ao direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado, sendo, portanto, nulas. Ademais, nesse mesmo sentido segue o Precedente Normativo n. 119 do TST, segundo o qual os arts. 5º, XX, e 8º, V, da CF asseguram o direito de livre associação e sindicalização, sendo ofensiva a essa modalidade de liberdade, cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa que estabeleça contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoração ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados, de modo que são nulas as estipulações que inobservem tal restrição, e tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados. Assim, emerge como obstáculo à revisão pretendida a orientação fixada na Súmula n. 333 do TST. Agravo de instrumento desprovido' (fl. 75). Alega o recorrente, em suma, ser devida a cobrança da contribuição assistencial, mesmo dos trabalhadores não filiados ao sindicato da categoria, uma vez que essa contribuição teria caráter compulsório. Decido. Anote-se, primeiramente, que o acórdão recorrido, conforme expresso na certidão de fl. 77, foi publicado em 20.4.07, não sendo exigível, conforme decidido na Questão de Ordem no AI 664.567, Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6.9.07, a demonstração da existência de repercussão geral das questões constitucionais trazidas no recurso extraordinário. Não merece prosperar a irresignação. Os arts. 7º, inciso XXVI, e 8º, *caput* e incisos III e IV, da Constituição Federal, apontados como violados, carecem do necessário prequestionamento, sendo certo que sequer foram opostos embargos de declaração para sanar eventual omissão no acórdão atacado. Incidência das Súmulas ns. 282 e 356/STF. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que a controvérsia relativa à exigibilidade da contribuição assistencial se limita ao plano infraconstitucional. Nesse sentido, anote-se: 'AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. VERIFICAÇÃO DE REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO TRABALHISTA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA. CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA. CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL. PRECEDENTES. 1. A decisão que nega



seguimento a recurso trabalhista, reconhecendo não atendidos requisitos previstos em normas processuais ordinárias, não é suscetível de impugnação por meio de recurso extraordinário. Hipótese de ofensa indireta à Constituição. 2. Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que a matéria relativa à contribuição assistencial não tem porte constitucional, sendo insuscetível de análise em sede extraordinária. 3. A contribuição confederativa só pode ser exigida dos filiados ao sindicato. Agravo regimental a que se nega provimento' (RE 499.046-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 8.4.05). 'RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. SINDICATO. CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL. LEGITIMIDADE. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. Sindicato. Legitimidade da exigência da contribuição assistencial e do seu desconto em folha de pagamento do trabalhador. Questão afeta à legislação ordinária trabalhista. Extraordinário. Reexame. Impossibilidade. Recurso extraordinário não conhecido' (RE 219.531, Segunda Turma, Relator o Ministro Maurício Correia, DJ de 11.10.01). Nego provimento ao agravo. Intime-se. Brasília, 9 de maio de 2008. Ministro Menezes Direito Relator." (AI 699364 — Rel. Min. Menezes Direito, publ. DJ 27.5.2008) (destacou-se)

Uma tentativa de conciliação entre a contribuição assistencial e a liberdade sindical seria assegurar ao trabalhador não filiado o direito de oposição. Ao contrário da autorização expressa para o desconto, nessa modalidade ocorre certa inversão da obrigação. Mediante a negociação coletiva, a contribuição assistencial é instituída a todos os trabalhadores, restando a cada um deles, de forma individual, buscar junto ao sindicato, em determinado prazo, expressar sua discordância em relação ao desconto. Certamente, trata-se de mecanismo mais favorável ao sindicato, pois, pelo instrumento coletivo, impõe a todos os trabalhadores que integram a categoria o ônus de manifestar sua discordância em relação ao desconto da contribuição. Nessa linha, o Tribunal Superior do Trabalho — TST, em um primeiro momento, adotou posição mais liberal, materializada pelo Precedente Normativo n. 74:

"74 — Desconto assistencial. Subordina-se o desconto assistencial sindical à não oposição do trabalhador, manifestada perante a empresa até 10 dias antes do primeiro pagamento reajustado." (DJ 8.9.1992. Cancelado — Res. n. 82/98, DJ 20.8.1998)

Posteriormente, essa Corte passou a adotar posição mais restritiva. Com exceção da contribuição sindical propriamente dita, toda e qualquer contribuição instituída pelos sindicatos, independente da



nomenclatura utilizada, só poderá ser cobrada dos filiados à entidade sindical, não havendo que se falar, inclusive, em direito de oposição. Em substituição ao Precedente Normativo n. 74, o TST editou o Precedente n. 119:

“A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados.”

A Seção de Dissídios Coletivos do TST, por sua vez, editou a Orientação Jurisprudencial n. 17 no mesmo sentido, enfatizando a nulidade das cláusulas de convenções e acordos coletivos que estabeleçam quaisquer contribuições em favor da entidade sindical, a qualquer título, obrigando trabalhadores não sindicalizados:

“CONTRIBUIÇÕES PARA ENTIDADES SINDICAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DE SUA EXTENSÃO A NÃO ASSOCIADOS. As cláusulas coletivas que estabeleçam contribuição em favor de entidade sindical, a qualquer título, obrigando trabalhadores não sindicalizados, são ofensivas ao direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado, e, portanto, nulas, sendo passíveis de devolução, por via própria, os respectivos valores eventualmente descontados.”

O entendimento do âmbito do TST, portanto, demonstra-se consolidado:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL. A decisão do Tribunal Regional, que reconheceu a inconstitucionalidade da cobrança de contribuição sindical dos empregados não associados, por entender que tal cobrança afronta o direito à livre associação e sindicalização, está em harmonia com a iterativa e notória jurisprudência desta Corte, consubstanciada no Precedente Normativo n. 119 e na Orientação Jurisprudencial n. 17, ambos da Seção de Dissídios Coletivos. Precedentes da SBDI-1 do TST. Incidência do art. 896, §§ 4º e 5º, da CLT, c/c a Súmula n. 333 do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (TST, AIRR 3803/2004-202-02-40, 7ª T., Rel. Ministro PEDRO PAULO MANUS, publ. DJ 6.6.2008). No



mesmo sentido: TST-E-ED-RR-737.338/2001-6, Min. João Batista Brito Pereira, DJ 19.10.2007; TST-E-RR-69.680/2002-900-01-00.4, Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ 21.9.2007; TST-E-RR-14/2006-741-04-00.8, Min. Vantuil Abdala, DJ 24.8.2007; TST-E-RR-7.060/2002-902-02-00.9, Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 11.10.2007.

Como visto, o STF legou ao TST a última palavra sobre o tema desconto da contribuição assistencial em relação a trabalhadores não filiados ao sindicato, cujos Ministros decidiram a questão de forma incontroversa manifestando entendimento pela violação da liberdade sindical.

A referida Ordem de Serviço n. 1/09 declara a legalidade da contribuição assistencial desde que, dentre outros requisitos, seja assegurado o exercício pelo trabalhador não filiado do direito de oposição, cujo exercício se dará por meio de apresentação de carta ao sindicato no prazo de dez dias a contar da notícia da instituição da contribuição. Em caso de recusa do sindicato, caberá ao trabalhador remeter a referida carta por via postal com aviso de recebimento. Deverá ainda o trabalhador comunicar ao empregador a respeito do exercício do direito de oposição para que esse se abstenha de proceder ao desconto (OS n. 1/09, art. 2º, §§ 1º, 2º e 3º).

O direito de oposição, segundo o entendimento atualizado do TST, não é capaz de revestir a contribuição assistencial da legalidade pretendida pela Ordem de Serviço n. 1/09.

Valor ou forma de cálculo. Faculdade do sindicato. Informar o valor é muito mais simples do que explicitar a forma de cálculo, o que funcionaria como mecanismo de prestação de contas à categoria.

Qual sindicato deve informar. O patronal ou o profissional. Ainda que o beneficiado seja o profissional, quer me parecer que, ao ser instituída em instrumento normativo firmado pelos dois sindicatos, caberá a cada um deles informar a categoria respectiva a respeito da referida cobrança.

#### ***A ESTIPULAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES EM INSTRUMENTOS NORMATIVOS COLETIVOS***

Como demonstrado, o art. 1º da Ordem de Serviço n. 1/09 declara a possibilidade da cobrança da contribuição assistencial de todos os trabalhadores, filiados e não filiados ao sindicato, desde que tal



contribuição, dentre outros requisitos, seja instituída em acordo, ou convenção coletiva de trabalho, votado em assembleia geral com ampla participação dos trabalhadores da categoria.

As cláusulas oriundas de negociação entabulada entre representante dos empregados e empregadores só poderia, em princípio, tratar de obrigações que se referem à relação contratual de trabalho patrão x empregado. Sendo assim, a estipulação de obrigação decorrente da relação sindicato profissional e trabalhadores, bem como entre sindicato patronal e empregadores, não pode ser estabelecida em processo de negociação coletiva com o empregador, cujos objetivos e natureza são diversos. A relação jurídica entre trabalhador/empregador e o sindicato que os representa deve ser regulada no próprio estatuto da entidade, do que resulta a impossibilidade de vinculação dos não filiados ao sindicato.

De acordo com o Código Civil — CC, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo, sendo ilícitas todas as condições que sujeitem o negócio jurídico ao puro arbítrio de uma das partes. Igualmente, os sindicatos, quando da negociação coletiva, devem privar pelo princípio da boa-fé, sob pena de ilicitude e conseqüente nulidade do ato (CC, arts. 117, 122, 166, 187, 421, 422).

As obrigações que o sindicato pode contrair em nome dos representados são apenas aquelas que decorrem do contrato de trabalho. Em nenhum momento refere-se ao próprio sindicato que representa aos trabalhadores ou aos empregadores. A negociação coletiva não se presta para acordos entre trabalhadores/empregadores e seus representantes, mas sim para regular a relação jurídica entre aqueles. Integra a natureza jurídica da representação que o representante atue sob a vontade do representado perante terceiro, não sendo possível que substitua tal mandato para poder negociar consigo mesmo, sob pena de constituir tal prática típico abuso de poder<sup>(5)</sup>. Tais questões não podem ser tratadas em negociação coletiva com o empregador, cujo resultado não deve tratar de obrigação do trabalhador para com o sindicato que o representa. Da mesma forma, o estatuto do sindicato, instrumento adequado para a estipulação de obrigações, só obrigaria aos filiados.

(5) Tribunal Constitucional da Espanha, Processo n. 98/85 (*sentencia*). Julg. em 29.7.85, publ. BOE n. 194. Disponível em: <[http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos\\_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1985-0098](http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1985-0098)> Acesso em: 23.1.08.



Em sentido contrário, há entendimento de que todos os trabalhadores são convocados a participar da assembleia por meios idôneos tais como boletins, sistema de som, delegados da empresa e publicação de edital em jornais de grande circulação. Para tanto, caberia ao trabalhador descontente, durante assembleia que fixa a contribuição, manifestar sua contrariedade ao desconto. Não sendo possível, pois, a manifestação posterior a respeito<sup>(6)</sup>.

Com tal entendimento não se pode concordar, pois os efeitos sobre toda a categoria do estipulado em convenção coletiva decorrem do sistema de unicidade vigente no Brasil, o qual não pode se opor à liberdade sindical negativa prevista no próprio texto da Constituição, art. 8º, V. Igualmente, o art. 613 da CLT, que trata do conteúdo das convenções e acordos coletivos, restringe tais instrumentos a questões relacionadas à relação individual de trabalho. Não se trata, portanto, da relação sindicato e representados. Segundo *Gabriel Saad*, se a decisão da assembleia geral tivesse efeito *erga omnes*, obrigando associados e não associados, estaria a entidade sindical praticando ato incluído na prerrogativa estatal de tributar<sup>(7)</sup>.

Só deve, pois, ser instituída qualquer modalidade de contribuição por assembleia especificamente convocada para tanto, cujos efeitos, obviamente, só atingirão os trabalhadores filiados ao sindicato, condição essa necessária para que participem como direito a voto da assembleia. Igualmente, rejeita-se a instituição de qualquer modalidade de contribuição por meio de acordo ou convenção coletiva, já que não se trata do instrumento adequado para tanto. Tal prática, por certo, implica desvirtuamento desse importante instrumento de negociação entre trabalhadores e empregadores, por meio do qual os sindicatos atuam como meros representantes de interesses de terceiros, sendo inaceitável que atuem objetivando benefício próprio.

Por certo, a fixação de contribuições é matéria estranha às relações de trabalho, razão pela qual não pode ser inserida em convenção coletiva, acordo ou sentença normativa<sup>(8)</sup>.

(6) LOMAS, Dorival Alcântara. As contribuições sindicais são devidas por todos os integrantes da categoria ou somente pelos associados de uma determinada entidade sindical. *Revista Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, v. 7, n. 90, p. 35 e 36, dez. 1996.

(7) SAAD, Eduardo Gabriel. Temas trabalhistas. *Suplemento Trabalhista*, São Paulo, n. 42, p. 360, 1995.

(8) SAAD, Eduardo Gabriel. Temas trabalhistas. *Suplemento Trabalhista*, São Paulo, n. 42, p. 360, 1995.