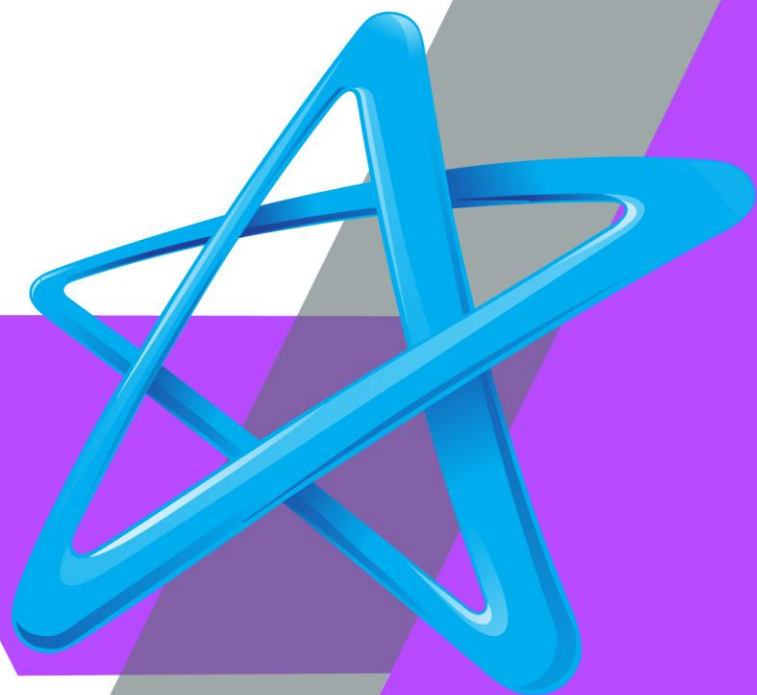


VOLUME 6 - NÚMERO 2  
MAIO/AGOSTO 2020

REVISTA  
DIREITO DAS  
RELAÇÕES SOCIAIS  
E TRABALHISTAS



Vol. 6/ N. 2

**REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E  
TRABALHISTAS**

**Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito  
(Mestrado) do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF**

**ISSN 2446-8908**

**Volume 6, Número 2**

**Maio/Agosto**

**2020**

**REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS**  
**Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) do**  
**Centro Universitário do Distrito Federal – UDF**

**Conselho Editorial**

Prof. Dr. Wolfgang Däubler (Universidade de Bremen, Alemanha)

Prof. Dr. Stein Kuhnle (Universidade de Bergen, Noruega, e Hertie School of Governance, Alemanha)

Prof. Dr. Fernando Valdez Dal-Ré (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)

Prof. Dr. José Luiz Tortuero Plaza (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Francisca Moreno Romero (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)

Prof. Dr. Antonio Fernando Baylos Grau (Universidade Castilla La Mancha, Espanha)

Prof. Dr. Antonio Ojeda Avilés (Universidade de Sevilha, Espanha)

Profa. Dr.<sup>a</sup>. Esperanza Macarena Sierra Benítez (Universidade de Sevilha, Espanha)

Prof. Dr. Fernando Fita Ortega (Universidade de Valença, Espanha)

Prof. Dr. Jean-Claude Javillier (Universidade Paris II, França)

Prof. Dr. Emmanuel Dockès (Universidade de Paris X - Nanterre, França)

Prof. Dr. Giancarlo Perone (Universidade de Roma Tor Vergata, Itália)

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Roberta Bortone (Universidade de Roma La Sapienza, Itália)

Prof. Dr. Giuseppe Ludovico (Universidade de Milão, Itália)

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Maria do Rosário Palma Ramalho (Universidade de Lisboa, Portugal)

Prof. Dr. João Leal Amado (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal) Prof. Dr. Adrián Goldin (Universidade de San Andrés, Argentina)

Prof. Dr. Mario Ackerman (Universidade de Buenos Ayres, Argentina)

Prof. Dr. Oscar Zas (Universidade de La Plata, Argentina)

Prof. Dr. Hugo Barretto Ghione (Universidade da República, Uruguai)

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Rosina Rossi Albert (Universidade da República, Uruguai)

Prof. Dr. Luiz Otávio Linhares Renault (PUC Minas)

Prof. Dr. Márcio Túlio Viana (UFMG e PUC Minas)

Prof. Dr. Everaldo Gaspar Lopes de Andrade (UFPE)

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (UFPE)

Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso (UCPE)

Prof. Dr. Ivan Simões Garcia (UFRJ e UERJ)

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva (UFRJ)

Prof. Dr. Guilherme Guimarães Feliciano (Universidade de São Paulo - USP)

Prof. Dr. Jorge Luiz Souto Maior (USP)

Prof. Dr. Ronaldo Lima dos Santos (USP)

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Zélia Luiza Pierdoná (Universidade Mackenzie - SP)

Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves (UFES)

Prof. Dr. Luiz Eduardo Günther (UNICURITIBA)

**REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS**  
**Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) do**  
**Centro Universitário do Distrito Federal – UDF**

***Double Blind Review - Rol de Avaliadores***

Profa. Dra. Adriana Goulart de Sena Orsini (Universidade Federal de Minas Gerais)

Profa. Dra. Adriana Letícia Saraiva Lamounier Rodrigues (Universidade Federal de Minas Gerais)

Prof. Dr. Airto Chaves Junior (Universidade do Vale do Itajaí - Univali)

Prof. Dr. Amauri César Alves (Universidade Federal de Ouro Preto)

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Júnior (Faculdade de Direito de Vitória)

Prof. Dr. Antônio Leal de Oliveira (Universidade Vila Velha)

Prof. Dra. Ariete Pontes de Oliveira (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Profa. Dra. Carla Teresa Martins Romar (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Profa. Dra. Carolina Pereira Lins Mesquita (Universidade Federal do Rio de Janeiro)

Prof. Dr. Claudimir Supioni Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Profa. Dra. Cláudia Coutinho Stephan (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Prof. Dr. Cláudio Jannotti da Rocha (Universidade Federal do Espírito Santo)

Prof. Dr. Cléber Lúcio de Almeida (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Profa. Dra. Daniela Muradas Antunes (Universidade Federal de Minas Gerais)

Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso (Universidade Católica de Pernambuco)

Prof. Dr. Fábio Zambitte Ibrahim (Universidade do Estado do Rio de Janeiro)

Prof. Dr. Felipe Forte de Negreiros Deodato (Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ)

Profa. Dra. Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira (Universidade Estadual da Paraíba)

Profa. Dra. Gabrielle Jacobi Kölling (Universidade Municipal de São Caetano)

Profa. Dra. Gilsilene Passon Francischetto (Faculdade de Direito de Vitória)

Prof. Dr. Glauber Lucena de Cordeiro (Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ)

Profa. Dra. Graciane Rafisa Saliba (Universidade Santa Úrsula-RJ)

Profa. Dra. Jane Lucia Wihelm Berwanger (Faculdade CERS)

Prof. Dr. Jefferson Carús Guedes (UniCEUB)

Prof. Dr. José Cláudio Monteiro de Brito Filho (Centro Universitário do Estado do Pará)

Prof. Dr. José Eduardo de Resende Chaves Junior (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Profa. Dra. Juliana Teixeira Esteves (Universidade Federal de Pernambuco)

Profa. Dra. Karen Artur (Universidade Federal de Juiz de Fora)

Prof. Dr. Leonardo Vieira Wandelli (Centro Universitário UniBrasil-PR)

Prof. Dr. Leonel Marchietto (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Profa. Dr. Lívia Mendes Moreira Miraglia (Universidade Federal de Minas Gerais)

Prof. Dr. Marcelo Ivan Melek (Universidade Positivo)

Prof. Dr. Ney Stany Moraes Maranhão (Universidade Federal do Pará)

Prof. Dr. Paulo Henrique Tavares da Silva (Centro Universitário de João Pessoa)

Prof. Dr. Platon Teixeira de Azevedo Neto (Universidade Federal de Goiás)

Profa. Dra. Raquel Betty de Castro Pimenta (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Profa. Dra. Renata Queiroz Dutra (Universidade Federal da Bahia)

Prof. Dr. Ricardo Pereira de Freitas Guimarães (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Prof. Dr. Henrique Garbellini (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Profa. Dra. Roberta Freitas Guerra (Universidade Federal de Viçosa)

Prof. Dr. Thiago Fabres de Carvalho (Universidade Federal do Espírito Santo)

Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves (Universidade Federal do Espírito Santo)

Profa. Dra. Valdete Souto Severo (Universidade de São Paulo)

Profa. Dra. Vanessa Rocha Ferreira (CESUPA-Centro Universitário do Estado do Pará)

Profa. Dra. Wânia Guimarães Rabêllo Almeida (Faculdades Milton Campos-MG)

Profa. Dra. Wanise Cabral Silva (Universidade Federal Fluminense)

**REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS**  
**Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) do Centro**  
**Universitário do Distrito Federal – UDF**

**Equipe Editorial**

Editor Acadêmico: Dr. Mauricio Godinho Delgado (Professor Titular UDF)

Editores Executivos: Dra. Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos (Professora Titular UDF)

Coeditor Acadêmico: Ricardo José Macêdo de Brito Pereira (Professor Titular UDF)

Coeditor Acadêmico: Dr. Marcelo Borsio (Professor Titular UDF)

Mestranda pesquisadora: Carolina Silva Silvino Assunção (UDF)

Mestranda pesquisadora: Cristine Helena Cunha (UDF)

Mestranda pesquisadora: Eunice Maria Franco Zanatta (UDF)

Mestranda pesquisadora: Luíza Baleeiro Coelho Souza (UDF)

**Contatos**

[www.udf.edu.br](http://www.udf.edu.br)

[mclemos@udf.edu.br](mailto:mclemos@udf.edu.br)

[revistamestradoudf@hotmail.com](mailto:revistamestradoudf@hotmail.com)

Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas / Centro Universitário do Distrito Federal. – Vol. 6, N. 2 (Maio/Agosto 2020). Brasília, DF, 2020 [*on-line*].

Quadrimestral.

ISSN: 2446-8908

1. Direito do Trabalho. 2. Relações Trabalhistas. Relações Sociais. I. Centro Universitário do Distrito Federal.

CDU: 349.2:331.1

## SUMÁRIO

### APRESENTAÇÃO

#### **LOS SINDICATOS EN ALEMANIA: DESAFÍOS EN UNA ÉPOCA DE TRANSICIONES (PARTE 1) .....16**

Os sindicatos na Alemanha: desafios em uma época de transição (Parte 1)

*Prof. Dr. Heiner Dribbusch e Prof. Dr. Peter Birke*

#### **PANDEMIA E TELETRABALHO: ALGUMAS QUESTÕES.....59**

Pandemic and teleworking: some issues

*Profa. Dra. Teresa Coelho Moreira*

#### **A INCONSTITUCIONALIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: ANÁLISE DO OBJETO DA ADI 5.826/DF (PARTE 1).....76**

The unconstitutionality of the intermittent employment contract: analysis of the ADI 5836/DF object's (1stPart)

*Profa. Dra. Ana Cláudia Nascimento Gomes e Ms Helder Santos Amorim*

#### **OS DIREITOS HUMANOS LABORAIS E A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....113**

Laboral Human Rights and jurisprudence of the Inter-American Court Of Human Rights

*Prof. Dr. Miguel F. Canessa Montejo (Tradução Prof. Dr.Thiago Pádua e Dinah Lima)*

#### **DIREITO DO TRABALHO EM TEMPOS DE PANDEMIA NA ERA DIGITAL: DESAFIOS PARA A SAÚDE MENTAL DOS TRABALHADORES.....133**

Labour Law in times of pandemic in digital era: challenges for workers' mental health

*Profa. Dra. Gabriela Neves Delgado e Ms Valéria de Oliveira Dias*

#### **EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA NO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO.....159**

Claim preclusion in the social security judicial process

*Prof. Dr. Paulo Afonso Brum Vaz*



**I RINVII DELLA LEGGE ALLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA  
NELL'ORDINAMENTO ITALIANO E IL RAPPORTO TRA ART. 8, L. N.  
148/2011 ED ART. 51, D.LGS. N. 81/2015 .....187**

As referências da lei à negociação coletiva na legislação italiana e a relação entre o art. 8, l. n.º 148/2011 e art. 51, Decreto Legislativo. n.º. 81/2015

*Prof. Dr. Matteo Verzaro*

**OS SENTIDOS DO TEMPO EM UM DIREITO DO TRABALHO DE  
EXCEÇÃO: DO ESQUECIMENTO À EMERGÊNCIA PANDÊMICA .....216**

The senses of time and the Right to Work in a “state of exception”: from forgetting to pandemic emergency

*Prof. Dr. Carlos Eduardo Soares de Freitas, Prof. Dr. Felipe Santos Estrela de Carvalho e Profa. Dra. Renata Queiroz Dutra*

**O SISTEMA BRITÂNICO DE JUDICIALIZAÇÃO TRABALHISTA: UMA  
ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO .....249**

The british system of labor judicialization: an analysis of comparative law

*Profa. Dra. Roberta Freitas Guerra*

## APRESENTAÇÃO

A Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas - periódico científico do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), de Brasília-DF -, apresenta ao público a sua segunda edição do corrente ano (Vol. 6, N. 2), que abrange o quadrimestre maio-agosto de 2020.

Publicada desde o primeiro semestre letivo de 2015 (Vol. 1, N. 1), com periodicidade semestral em seus três primeiros anos (dois números por volume anual, totalizando 18 artigos por ano), a Revista tornou-se quadrimestral desde o Vol. 4, N. 1, referente a janeiro-abril de 2018, com o mesmo montante de artigos por número (ou seja, nove artigos por número, como praticado desde o Vol. 1, N. 1).

Assim, o periódico jurídico científico passou a totalizar 27 artigos por volume anual, um crescimento significativo em comparação com os três anos precedentes, ainda mais considerando a elevadíssima qualidade dos textos científicos divulgados em cada número da revista acadêmica jurídica.

A Revista é divulgada regularmente, desde o Vol. 1, N. 1, em meio digital e com acesso livre, alcançando ampla abrangência em território brasileiro e no exterior.

O presente Vol. 6, N. 2, comemora o primeiro ano da inserção da Revista na Plataforma *Open Journal Systems* (OJS). Isso significa que desde o Vol. 5, N. 2 - edição referente ao quadrimestre maio-agosto de 2019 -, a Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas apresenta-se no padrão internacional ostentado pelos relevantes periódicos científicos e jurídicos do País, o que torna ainda mais fácil a submissão e o acesso aos artigos pelo público em geral, além de corroborar a transparência e a lisura dos métodos editoriais adotados.

Rumo ao aprimoramento, a Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas anuncia sua aceitação em mais três renomados serviços de indexação científica, adequando-se ao padrão de excelência exigido pelo *Qualis* Periódicos da CAPES.

Agora, são seis indexadores de padrão internacional, pois, além dos destacados *Scientific Indexing Services* (SIS), *Enlaw* e *V-Lex*, a partir do presente Vol. 6, N. 2, a Revista encontra-se indexada no *HeinOnline*, no *Latindex* e no *Citefactor*, o que amplia a possibilidade de consulta livre por constituírem plataformas de informação com alcance mundial.

O vigor da Revista e seu destaque internacional transparecem, ainda, com a notícia da inclusão de novos Professores Doutores em seu Conselho Editorial, todos

reconhecidos pela importância de suas pesquisas em Programas de Pós-Graduação em Direito de renomada reputação. A partir deste Vol. 6, N. 2, integram o Conselho Editorial da Revista, oriundos de instituições de ensino universitário estrangeiras, o Professor Doutor Fernando Fita Ortega, da Universidade de Valência, e a Professora Doutora Esperanza Macarena Sierra Benítez, da Universidade de Sevilha, ambos da Espanha. Do Brasil, os novos integrantes do Conselho Editorial são o Professor Doutor Guilherme Guimarães Feliciano, da Universidade de São Paulo, e o Professor Doutor Luiz Eduardo Günther, do Centro Universitário UNICURITIBA.

Ressalta-se que a Revista adota o sistema *double blind review* (revisão/avaliação dupla e cega), desde o seu Vol. 3, N. 2, referente ao semestre julho-dezembro 2017. Esse sistema de avaliação objetiva, dupla e impessoal, foi estruturado mediante a participação de Professores Doutores de Instituições de Ensino Superior públicas e privadas das cinco regiões do Brasil, os quais cordialmente avaliaram os artigos que foram enviados para o presente periódico científico.

O rol de avaliadores *ad hoc* da Revista também teve a incorporação de novos integrantes, reconhecidos Professores Doutores que prestam voluntariamente o imprescindível trabalho de cumprir, com seriedade e eficiência, os encargos da aplicação do critério *duble blind review*, assegurando a lisura do processo de avaliação cega por pares e a qualidade dos pareceres.

Destacam-se os novos avaliadores incorporados, todos Professores(as) Doutores(as), ora listados em ordem alfabética: Aírto Chaves Junior (Univali), Gabrielle Jacobi Kölling (Universidade Municipal de São Caetano), Felipe Forte de Negreiros Deodato (Centro Universitário de João Pessoa), Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira (Universidade Estadual da Paraíba), Glauber Lucena de Cordeiro (Centro Universitário de João Pessoa), Jane Lucia Wihelm Berwanger (Faculdade CERS), Jefferson Carús Guedes (UniCEUB), Marcelo Ivan Melek (Universidade Positivo), Paulo Henrique Tavares da Silva (Centro Universitário de João Pessoa), Roberta Freitas Guerra (Universidade Federal de Viçosa).

Agradecemos aos avaliadores o compromisso assumido com a Revista e enfatizamos a importância do trabalho realizado para assegurar ao leitor artigos de excelência, que, além de serem utilizados como fonte de pesquisas e referência bibliográfica para a comunidade acadêmica, influenciam na formação de opinião, causando grande impacto social.

Os textos aprovados encontram-se no bojo deste exemplar, sendo que cada artigo foi objeto de duas avaliações/revisões, realizadas por Avaliadores distintos. A utilização do sistema *double blind review* oferta à Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas conquistas e avanços ainda mais elevados, uma vez que atende todos os requisitos estabelecidos pela CAPES para que, em um futuro breve, ingresse em alto patamar de classificação no *ranking* estabelecido pelos organismos oficiais competentes.

Por tudo isso, a Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas firma-se como um periódico de referência no meio jurídico e acadêmico nacional e internacional, contemplando estudos de elevada profundidade e temáticas altamente inovadoras nas linhas de pesquisa do Mestrado em Direito do UDF, assim compostas: "Constitucionalismo, Direito do Trabalho e Processo" e "Direitos Humanos Sociais, Seguridade Social e Meio Ambiente do Trabalho".

O presente Vol. 6, N. 2, do periódico científico, reafirma a interação que o Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF - Centro Universitário tem estabelecido com a comunidade acadêmica brasileira e estrangeira, apresentando nove artigos jurídicos e científicos, sendo quatro de Professores Doutores estrangeiros e cinco de Professores Doutores brasileiros.

Ao manter significativa participação de doutrinadores estrangeiros em todas as suas edições (no mínimo, quatro artigos de autores estrangeiros em cada número editado), desde a sua primeira publicação, a Revista enfatiza o seu processo de internacionalização e amplia os laços com pesquisadores de instituições universitárias da Europa, América Latina e Estados Unidos, cumprindo importante papel de difusão do conhecimento.

O sucesso da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas é também fruto da participação dos mais renomados pesquisadores das universidades brasileiras, que reconhecem a importância do periódico na medida em que emprestam seu prestígio à Revista, enviando artigos inéditos de mais alta qualidade.

A Revista também é resultado das atividades e esforços dos docentes do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF, que habitualmente participam de diversos Congressos, Seminários, Simpósios, Jornadas, Colóquios realizados no Brasil e no exterior, bem como lançam livros ou publicam artigos em obras coletivas ou em revistas acadêmicas.

Prova dessa virtuosa pluralidade, esta edição é integrada por nove artigos, sendo quatro de autoria de Professores Doutores estrangeiros, de importantes Universidades de diferentes países (Alemanha, Itália, Peru/Colômbia e Portugal). Cinco artigos, por sua vez, são da lavra de Professores Doutores brasileiros (PUC-MINAS, UFBA, UFV, UnB e ESMAFESC), alguns em parceria com Mestrandos dos respectivos Programas de Pós-Graduação, todos de Instituições de Ensino Superior, diversas situadas fora do âmbito do Distrito Federal. Essa formação heterogênea fomenta uma verdadeira dialética entre o Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF e outros importantes Programas de Pós-Graduação em Direito de dentro e de fora do Brasil.

O presente Vol. 6, N. 2, traz consigo artigos referentes a temas integrados e concatenados às duas linhas de pesquisa do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, acima indicadas, demonstrando uma real simbiose entre o que é analisado e estudado em sala de aula, pesquisado em artigos, livros e Dissertações, com o que é publicado no periódico científico.

Excepcionalmente, em razão da extensão dos textos e a imprescindibilidade da publicação, a Equipe Editorial da Revista admitiu três artigos que foram subdivididos em duas partes, a serem publicadas, a primeira delas, no presente número, e a segunda parte, no Vol. 6. N. 3. Trata-se de artigos de qualidade inquestionável, dois deles estrangeiros, sendo o primeiro, publicado na Europa originalmente em espanhol, dos Professores Doutores Heiner Dribbusch, Diretor do Departamento de Política Salarial y Sindical del Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (WSI) de la Fundación Hans Böckler, e Peter Birke, Professor do Instituto de Sociología de la Universidad Georg August de Gotinga, ambos da Alemanha, e o segundo, do Professor Doutor Miguel Francisco Canessa Montejo, Professor da Pontificia Universidad Católica del Perú e da Universidad Externado de Colombia..

De igual importância e qualidade desponta o artigo nacional de autoria da Professora Doutora Ana Cláudia Nascimento Gomes, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MINAS e do Mestre em Direito e doutorando Helder Santos Amorim, da Universidade de Brasília – UnB, texto que também será publicado em duas partes, sendo a primeira delas no presente número, e a segunda parte, no Vol. 6. N. 3.

A Revista é composta exclusivamente por artigos inéditos no Brasil, capitaneados por Professores Doutores estrangeiros e brasileiros. Neste Vol. 6, N. 2, apresentam-se os seguintes trabalhos, iniciando-se pelos autores estrangeiros: 1) *I rinvíi*

*della legge alla contrattazione collettiva nell'ordinamento italiano e il rapporto tra art. 8, l. N. 148/2011 ed art. 51, d.lgs. N. 81/2015*, do Professor Doutor Matteo Verzaro, da Università degli Studi Roma Ter, Itália; 2) *Los sindicatos em Alemania: desafíos en una época de transiciones, (Parte 1)*, publicado originalmente na Espanha pela [Friedrich-Ebert-Stiftung](#) Library, dos Professores Doutores Heiner Dribbusch, Diretor do Departamento de Política Salarial y Sindical del Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (WSI) de la Fundación Hans Böckler, e Peter Birke, Professor do Instituto de Sociología de la Universidad Georg August de Gotinga, ambos da Alemanha; 3) *Os Direitos Humanos Laborais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Parte 1)*, do Professor Doutor Miguel Francisco Canessa Montejo, Professor da Pontificia Universidad Católica del Perú e da Universidad Externado de Colombia, traduzido pelo Professor Doutor Thiago Pádua, Professor do Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF – Centro Universitário, e pela Especialista Dinah Lima; 4) *Pandemia e teletrabalho: algumas questões*, da Professora Doutora Tereza Coelho Moreira, da Universidade do Minho, Portugal.

Entre os artigos de autores brasileiros, o presente volume apresenta: 1) *A inconstitucionalidade do contrato de trabalho intermitente: análise do objeto da ADI 5.826/DF (Parte 1)*, de autoria da Professora Doutora Ana Cláudia Nascimento Gomes, da Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MINAS e do Mestre em Direito e doutorando Helder Santos Amorim, da Universidade de Brasília – UnB; 2) *Direito do trabalho em tempos de pandemia na era digital: desafios para a saúde mental dos trabalhadores*, de autoria da Professora Doutora Gabriela Neves Delgado, da Universidade de Brasília, UnB, e da Mestre em Direito e doutoranda Valéria de Oliveira Dias, da UnB; 3) *Eficácia preclusiva da coisa julgada no processo previdenciário*, de autoria do Professor Doutor Paulo Afonso Brum Vaz, Professor da Escola Superior da Magistratura Federal de Santa Catarina – ESMAFESC; 4) *O sistema britânico de judicialização trabalhista: uma análise de direito comparado*, da Professora Doutora Roberta Freitas Guerra, da Universidade Federal de Viçosa; 5) *Os sentidos do tempo em um Direito do Trabalho de exceção: do esquecimento à emergência pandêmica*, do Professor Doutor Carlos Eduardo Soares de Freitas e Felipe Santos Estrela de Carvalho, ambos da Universidade Federal da Bahia, e da Professora Doutora Renata de Queirós Dutra, da Universidade de Brasília, UnB.

Diante do aqui explanado, constata-se que os artigos que integram este Vol. 6, N. 2, da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, abrangendo o segundo quadrimestre de 2020, conectam-se clara e consistentemente à sua linha editorial, permitindo aos leitores terem acesso aos mais atuais e avançados estudos desenvolvidos no Brasil e no exterior acerca do estado atual das relações sociais e trabalhistas, além de contribuir para ampliar e aprofundar os debates sobre seus problemas, insuficiências e potencialidades.

Desejamos, assim, à comunidade acadêmica e jurídica, uma prazerosa e enriquecedora leitura.

Brasília, agosto de 2020

Equipe Editorial

# LOS SINDICATOS EM ALEMANIA: DESAFÍOS EN UNA ÉPOCA DE TRANSICIONES<sup>1</sup>

(PARTE 1)

## OS SINDICATOS NA ALEMANHA: DESAFIOS EM UMA ÉPOCA DE TRANSIÇÃO

(PARTE 1)

Heiner Dribbusch<sup>2</sup>

Peter Birke<sup>3</sup>

**ABSTRACTO:** El artículo tiene como objetivo dilucidar los desafíos de los sindicatos en Alemania en una época de transición. Comienza presentando las condiciones políticas y generales y, especialmente, la situación política en el otoño de 2018, así como las condiciones macroeconómicas. Después de estos análisis, aborda el panorama sindical de la DGB y sus sindicatos industriales, la federación de funcionarios y otros sindicatos y también los sindicatos y sindicatos sectoriales. Luego, el artículo aborda los desafíos organizacionales, a partir de la evolución de las afiliaciones. También se analiza el arraigo en las empresas y la cogestión, la erosión del sistema de negociación colectiva y los temas: trabajo, migración y populismo de derecha. Tras este análisis, se llega al tema del modelo sindical tras la crisis, con un examen en los espacios centrales y periféricos de representación de intereses, además del futuro del modelo alemán, desde la perspectiva de las principales opciones de salario y trabajo, política y de la evolución análisis cuantitativo de los conflictos laborales, presentando también a la organización como un desafío estratégico. Finalmente, el artículo analiza el trabajo en transición desde la perspectiva de la digitalización y racionalización, los escenarios de digitalización, la situación en las empresas, las respuestas y perspectivas sindicales.

**PALABRAS CLAVE:** Sindicato; Alemania.

**RESUMEN:** 1. Introducción. 2. Condiciones políticas y económicas generales. 2.1 La situación política en el otoño de 2018. 2.2 Las condiciones macroeconómicas. 3. El paisaje sindical. 3.1 La DGB y sus sindicatos industriales. 3.2 Federación de funcionarios y otros sindicatos. 3.3 Sindicatos gremiales y sectoriales. 4. Desafíos organizativos. 4.1 Evolución de las afiliaciones. 4.2 Arraigo en las empresas y cogestión. 4.3 Erosión del sistema de convenios colectivos 4.4 Trabajo, migración y populismo derechista. 5. El modelo alemán después de la crisis. 5.1 Espacios centrales y periféricos de la representación de intereses. 5.2 El futuro del modelo alemán. 5.3 Opciones fundamentales de la política laboral y salarial. 5.4

---

Artigo recebido em: 17/09/2020

Artigo aprovado em: 22/12/2020

<sup>1</sup> Artículo publicado originalmente pela Friedrich-Ebert-Stiftung Library (Spanish version), em abril de 2019. Disponível em: <http://library.fes.de/pdf-files/id/ipa/15438.pdf> , Abril de 2019.

<sup>2</sup> Director del Departamento de Política Salarial y Sindical del Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (WSI) de la Fundación Hans Böckler.

<sup>3</sup> Asistente científico del Instituto de Sociología de la Universidad Georg August de Gotinga, Alemania.



Evolución cuantitativa de los conflictos laborales. 5.5 La organización como desafío estratégico. 6. El trabajo em transición: digitalización y racionalización. 6.1 Escenarios de la digitalización. 6.2 La situación en las empresas. 6.3 Las respuestas sindicales. 7. Perspectivas. Bibliografía.

**RESUMO:** O artigo tem por objetivo elucidar os desafios dos sindicatos na Alemanha em uma época de transição. Inicia-se apresentando as condições políticas e gerais e, especialmente, a situação política no outono de 2018, bem como as condições macroeconômicas. Passadas essas análises, aborda a paisagem sindical da DGB e seus sindicatos industriais, a federação de funcionários públicos e outros sindicatos e também os sindicatos e sindicatos setoriais. Em seguida, o artigo trata dos desafios organizacionais, partindo da evolução das afiliações. Discorre, ainda, sobre o enraizamento em empresas e co-gestão, a erosão do sistema de negociação coletiva e, os temas: do trabalho, migração e populismo de direita. Realizada essa análise, chega-se a temática do modelo sindical após a crise, com um exame nos espaços centrais e periféricos de representação de interesses, além do futuro do modelo alemão, pela perspectiva das principais opções de política salarial e de trabalho e da evolução quantitativa dos conflitos laborais, apresentando, ainda, a organização como desafio estratégico. Por último, o artigo discorre a respeito do trabalho em transição pela ótica da digitalização e racionalização, os cenários de digitalização, a situação nas empresas, respostas sindicais e perspectivas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sindicato; Alemanha.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Condições políticas e econômicas gerais. 2.1 A situação política no outono de 2018. 2.2 As condições macroeconômicas. 3. A paisagem sindical. 3.1 A DGB e seus sindicatos industriais. 3.2 Federação de funcionários públicos e outros sindicatos. 3.3 Sindicatos e sindicatos setoriais. 4. Desafios organizacionais. 4.1 Evolução das afiliações. 4.2 Enraizamento em empresas e co-gestão. 4.3 Erosão do sistema de negociação coletiva 4.4 Trabalho, migração e populismo de direita. 5. O modelo alemão após a crise. 5.1 Espaços centrais e periféricos de representação de interesses. 5.2 O futuro do modelo alemão. 5.3 Principais opções de política salarial e de trabalho. 5.4 Evolução quantitativa dos conflitos laborais. 5.5 A organização como desafio estratégico. 6. Trabalho em transição: digitalização e racionalização. 6.1 Cenários de digitalização. 6.2 A situação nas empresas. 6.3 Respostas sindicais. 7. Perspectivas. Bibliografia.

## 1 INTRODUCCIÓN

Este documento se encuadra en una serie de presentaciones referidas a la estructura y política de los sindicatos alemanes que iniciamos en 2012. La versión actualizada y ampliada ofrece, por un lado, una introducción a la estructura de la política sindical, la representación de intereses y la cogestión en las empresas, así como a cuestiones fundamentales de la política de organización sindical en general y a nivel de las empresas, en particular. Revisa asimismo la evolución de los nuevos conceptos de organización (*Organizing*) que se constatan a partir de 2012 y la nueva composición social y política de las huelgas, que se puso de manifiesto sobre todo en los conflictos de 2015. Desde las versiones de 2012 y 2014 se agregaron algunos aspectos novedosos que toman en cuenta la incidencia de nuevos desafíos políticos y económicos

imposibles o al menos difíciles de percibir en su totalidad en 2014. Esto vale por ejemplo para el impacto de las nuevas corrientes migratorias y las tendencias racistas y derechistas en el mundo del trabajo y en las empresas. Por el otro lado, la contribución se ocupa de los retos fundamentales de la política laboral y salarial, como por ejemplo la cuestión del trabajo. Posteriormente, el texto ofrece una descripción más detallada de algunos problemas específicos y de los posicionamientos sindicales ante el desarrollo tecnológico de las fuerzas productivas (digitalización e Industria 4.0), sin pretender un análisis exhaustivo de la evolución en el escaso espacio disponible. El texto concluye con un resumen sucinto de las cuestiones estratégicas que a nuestro juicio revisten mayor importancia.

## **2 CONDICIONES POLÍTICAS Y ECONÓMICAS GENERALES**

### **2.1 LA SITUACIÓN POLÍTICA EN EL OTÑO DE 2018**

En las elecciones federales del 24 de septiembre de 2017, el partido Alternativa para Alemania (*Alternative für Deutschland*, AfD) se convirtió en el primer partido en actuar en el extremo derecho del espectro político que logra acceder al Parlamento federal, el *Bundestag*, desde el período legislativo 1949–1953. Con el 12,6 por ciento de los votos, el AfD obtuvo el tercer puesto, después de los partidos de gobierno, la Unión Demócrata-Cristiana (*Christlich Demokratische Union*, CDU), la Unión Social Cristiana (*Christlich Soziale Union*, CSU), y el Partido Social Demócrata de Alemania (*Sozialdemokratische Partei Deutschlands*, SPD).

Esta tendencia se consolidó en las elecciones a nivel de los estados federados entre la segunda mitad de 2017 y fines de 2018. Al concretar resultados porcentuales de dos dígitos la AfD ingresó a los parlamentos de los estados de Baviera y Hesse y cuenta ahora con representaciones parlamentarias en todos los parlamentos estatales de Alemania. De esta manera se acentúa el giro a la derecha a nivel nacional, cuyas causas se aducen a menudo, en la opinión algo simplista de algunos comentaristas políticos, al debate sobre la migración actualmente en curso. Sin embargo, la crisis de los grandes partidos mayoritarios de antaño, el SPD y la CDU/CSU, encierra otras dimensiones que se reflejan también en la aparición de otros debates políticos (política

de vivienda, política de tránsito, crisis de representación).

En las elecciones de Baviera y Hesse el incremento de los votos del partido Los Verdes llamó poderosamente la atención. En ambos estados federados Los Verdes lograron atraer votos del SPD y de los partidos de la Unión, convirtiéndose así en la segunda fuerza política. Gracias a un creciente caudal de votos, el partido liberal FDP logró su re- presentación en ambos parlamentos, al igual que el partido de izquierda *Die Linke*, que consiguió una leve mejora.

Desde la perspectiva sindical, las constelaciones parlamentarias inestables resultantes son problemáticas, porque las opiniones favorables a los sindicatos se ven cada vez más marginadas en los parlamentos, mientras se fortalece el perfil de las posturas antisindicales. Antes de la presencia de la AfD, el FDP había sido el partido más distanciado de los sindicatos. Pero desde 2017, el *Bundestag* cuenta con la presencia de la AfD como un partido que agita abiertamente contra los sindicatos.<sup>4</sup> Esta afirmación vale para los dos alas del partido, la neoliberal y la social nacionalista. A nivel federal, el SPD y *Die Linke*, los partidos de mayor cercanía programática con los sindicatos, ni siquiera llegaron a una aprobación de 30 % en 2017. Esta tendencia se profundizó en las elecciones a nivel de los estados federados de 2018. Ante la posibilidad de que se formara un gobierno sin el SPD, aunque con participación del FDP —que repetidas veces se había manifestado en contra de los sindicatos en el pasado— y de Los Verdes, cuya política industrial fue evaluada críticamente, por lo menos en parte, luego de los comicios legislativos federales la dirección de los sindicatos alemanes se pronunció a favor de la continuación de la gran coalición (Frese 2018).

Cuadro 1 - Resultados de las elecciones legislativas federales de 2017 y 2013, totales y afiliados sindicales



<b>Resultados electorales, 2017</b>	33,0	20,5	9,2	8,9	10,7	12,6
<i>Afiliados sindicales, 2017</i>	24	29	12	8	7	15
<b>Resultados electorales, 2013</b>	41,5	25,7	8,6	8,4	4,8	4,7
<i>Afiliados sindicales 2013</i>	33	36	11	8	3	5

Inició en esta opción la perspectiva de un acceso político asegurado al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales bajo la dirección del SPD, pero también la expectativa de dar continuidad a la política industrial llevada a cabo por la gran coalición desde el año 2013, que daba cabida a los sindicatos (cfr. Kern 2018). La DGB evaluó como bueno en términos generales el pacto de coalición firmado por la Unión y el SPD en 2018 (*Einblick* 2018). Se celebró la intención de volver al financiamiento paritario del seguro de salud, así como también el acuerdo de estabilizar el nivel de las jubilaciones a largo plazo. En cambio, criticó la continuación de las políticas de ahorro de los años anteriores, cuya promoción contó con el respaldo explícito del SPD.

En las encuestas a boca de urna que se hicieron el día de las elecciones, inmediatamente después de emitirse el voto, 14 por ciento de las y los votantes declararon ser integrantes de un sindicato.<sup>5</sup> Entre los afiliados, el SPD continuó siendo el partido más votado en 2017 con el 29 por ciento de los votos, pero la comparación con el año 1998, cuando el 56 por ciento de los afiliados votó al SPD, revela la gravedad del descenso en curso. El panorama mejora apenas, si se suma el porcentaje de los votos recibidos por *Die Linke*, porque este partido absorbe apenas una pequeña parte de los votos perdidos por el SPD. Preocupa el buen resultado de la AfD, incluso entre afiliados sindicales: Con el 15 por ciento de los votos, ese partido logró incluso un resultado por encima de la media. Hace tiempo que no caben dudas de que la afiliación sindical no inmuniza contra el voto a favor de candidatos de extrema derecha.

Las elecciones legislativas en los estados federados antes y después de los comicios federales de 2017 confirmaron esta evaluación en grandes rasgos.

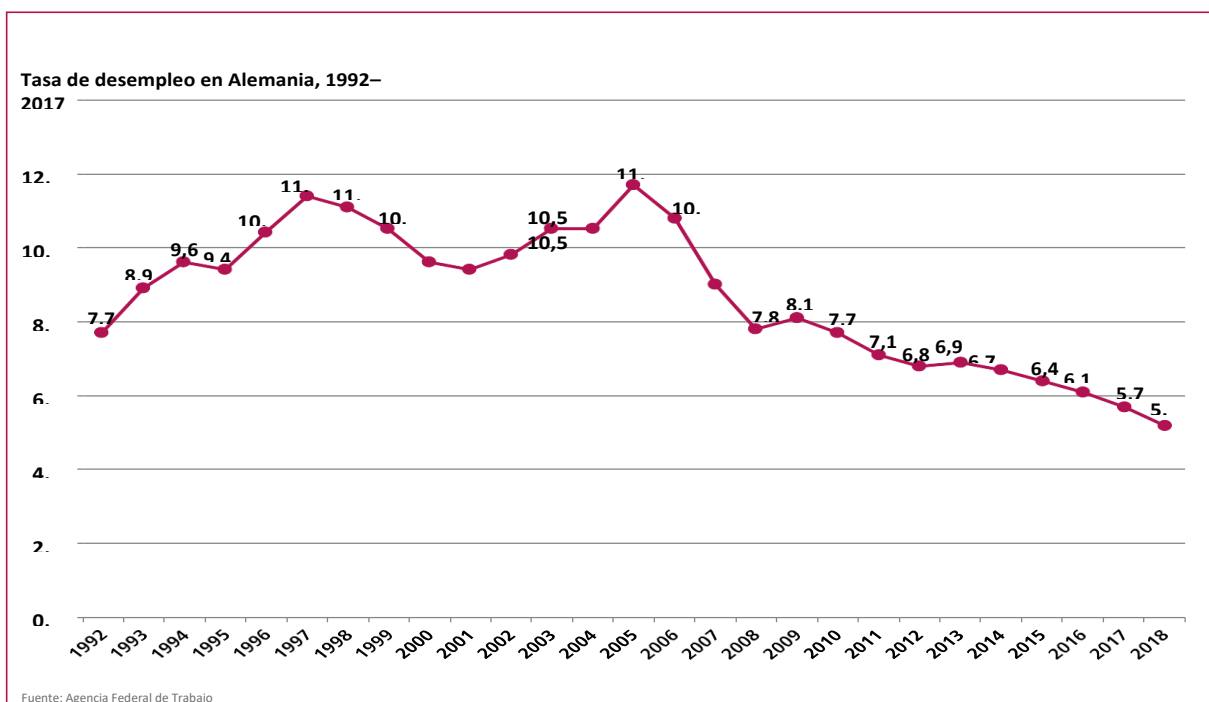
---

<sup>5</sup> El *Forschungsgruppe Wahlen* (FGW), un instituto de opinión con sede en Mannheim, realiza encuestas a boca de urna exhaustivas periódicas que sirven de base para el análisis del comportamiento electoral de determinados grupos de votantes.

## 2.2 LAS CONDICIONES MACROECONÓMICAS

Después de la crisis financiera de 2008-2009, la economía alemana ha logrado una recuperación duradera. La caída del crecimiento económico sufrida en 2009 constituyó un hecho de una gravedad, que no se ha repetido. Desde 2010 la economía alemana se ha caracterizado por un continuo crecimiento. A diferencia de otros países de la Unión Europea (UE), el producto bruto interno (PBI) crecerá en 2018 por noveno año consecutivo (Comisión Europea 2018). Los datos del mercado de trabajo parecen reflejar esta tendencia.

Cuadro 2 - Tasa de desempleo en Alemania, 1992–2017



Si bien en 2017 la Agencia Federal de Trabajo (BA, por su nombre en alemán) seguía registrando un promedio de 2,5 millones de desocupados, esta cifra se ubica 900.000 por debajo de la registrada en 2017, el año de la crisis. La tasa de desempleo de 2017 alcanzó 5,7 por ciento, el nivel más bajo desde 1991. La desocupación registrada se ha reducido a algo más de la mitad desde su punto más alto en 2005 (v. cuadro 1). Y en el contexto de la Unión Europea (UE 28), las personas desocupadas registradas en

Alemania en 2017 llegaron a la mitad del promedio de la UE, con la segunda tasa de desocupación más baja jamás registrada (Lübker/Schulten 2018, 403). En el verano de 2018 el número de trabajadores formales y la tasa de empleo alcanzaron un nivel récord. En junio de 2018 el número de trabajadores afiliados a la seguridad social se ubicó en cerca de 32,9 millones de trabajadores, el nivel más elevado desde la unificación alemana, lo que equivale a un crecimiento de 4,7 millones de personas en comparación con el año crítico de 2009.

En cambio, se registró entre 2009 y 2017 una reducción em 400.000 del número de trabajadores dependientes con remuneraciones bajas, para ubicarse en 4,9 millones de personas en total.<sup>6</sup>

Aun teniendo en cuenta que las estadísticas no reflejan el subempleo en su totalidad, al representar solamente a los desocupados registrados, cabe recordar que en 2018 Alemania tenía la segunda tasa más baja de desempleo de la UE, detrás de República Checa (Eurostat 2018). Sin embargo, un empleo remunerado no equivale a una garantía de bienestar. Según datos de la Agencia Federal de Trabajo correspondientes a marzo de 2018, alrededor de 1,2 millones de personas con empleo percibieron, además de su remuneración, el subsidio de desempleo de la categoría 2 (subsidio de desempleo de segunda clase, llamado »Hartz IV«).<sup>7</sup> En 2014, el sector de bajos salarios, que se define como el sector de personas ocupadas con un ingreso inferior a dos tercios del salario medio nominal, era de 22,5 por ciento, uno de los guarismos más altos (Eurostat 2016), aproximadamente 2,5 veces más alto que el Dinamarca y el de Francia. Otro indicador importante del bienestar personal aparte del ingreso, el patrimonio, permite constatar que, de acuerdo con estimaciones conservadoras, en 2014 el 10 por ciento de los hogares más ricos concentraron el 60 por ciento del patrimonio, mientras el 20 por ciento de menores ingresos no tenían ningún patrimonio (Grabka/Westermeier 2014). Desde 2010, la brecha entre las remuneraciones y los patrimonios se ha ensanchado (Spannagel 2018). El problema se agrava por el aumento explosivo de los precios, y más específicamente de los alquileres, en las grandes ciudades y áreas metropolitanas. El impacto de la fuerte escasez de viviendas

---

<sup>6</sup> En el caso de un empleo con baja remuneración la persona empleada percibe una remuneración mensual no superior a 450 euros (en 2009 el umbral mínimo se ubicaba en 400 euros al mes).

<sup>7</sup> Agencia Federal de Trabajo, Estadísticas, *Erwerbsfähige Leistungsbe-rechtigte (ELB) am Arbeitsmarkt*, informe correspondiente a junio de 2018.

que acompaña esta evolución se siente incluso en las capas medias, aunque afecta sobre todo a personas en zonas con altos índices de pobreza. Tanto las organizaciones caritativas como los sindicatos advierten periódicamente sobre las secuelas que esta pobreza ya no tan “nueva” tendrá en la estructura de la participación individual y la democracia (por ejemplo, Der Paritätische Wohlfahrtsverband 2017).

En parte, la polarización de los ingresos es también el resultado de la precarización de las relaciones de trabajo. Luego de la desregulación de 2002, el trabajo temporal experimentó un fuerte incremento y alcanzó su pico histórico preliminar en 2017, con 1,03 millones de personas ocupadas. Más de 90 por ciento de las y los trabajadores temporales tienen un empleo con cobertura de seguridad social. El porcentaje total del trabajo temporal llega apenas al 3 por ciento de todas las personas ocupadas. Sin embargo, este valor agregado esconde una distribución muy desigual. A menudo las empresas manufactureras emplean entre 10 y 20 por ciento de personal temporal, y en algunos casos hasta la mayoría del personal. Además, en 2017 aproximadamente 3,2 millones de personas ocupadas tenían un contrato por tiempo limitado (Hohendammer 2018). Y con una participación del 8,3 por ciento en las relaciones de trabajo en 2017, los contratos por tiempo limitado también alcanzaron su nivel más alto hasta el momento. La limitación tiene un impacto particularmente fuerte en la contratación de nuevo personal, caso en el que el porcentaje de contratos limitados alcanzó el 44 por ciento en 2017, un valor que se ha mantenido casi constante desde mediados de la primera década de 2000.

En su resumen, el informe de distribución del Instituto de Ciencias Económicas y Sociales (WSI, por su nombre en alemán) correspondiente al año 2018 llega a la conclusión de que Alemania se sigue caracterizando por altos niveles de desigualdad social (Spannagel 2018), con una pobreza duradera que contrasta con la riqueza consolidada.

### **3 EL PAISAJE SINDICAL**

La Constitución alemana - la Ley Fundamental - garantiza la libertad de asociación. Los trabajadores tienen el derecho de unirse para formar sindicatos, nadie debe ser impedido de afiliarse. La afiliación tiene carácter voluntario. A diferencia de Bélgica o algunos países escandinavos, los sindicatos alemanes no intervienen en el

pago del subsidio de desempleo o de jubilaciones o pensiones del Estado.

Las relaciones laborales en Alemania se caracterizan por el sistema dual de representación de los intereses, en el que la política laboral y salarial es competencia exclusiva de las asociaciones empresariales, las empresas y los sindicatos. A nivel de las empresas, los comités de empresa independientes, elegidos por los trabajadores y formalmente independientes de los sindicatos, cumplen un papel clave en la defensa de los intereses de los trabajadores de la empresa.<sup>8</sup> La relación entre los sindicatos y los comités de empresa surge del hecho de que los miembros de los comités integran en su mayoría un sindicato (Greifenstein ua. 2017), al tiempo que intervienen en las decisiones sobre política laboral y salarial y organización de sus respectivas organizaciones.

A finales de 2018, aproximadamente 7,8 millones de personas pertenecían a un sindicato. Estas afiliaciones se distribuyen fundamentalmente en tres centrales de envergadura muy variada que compiten entre sí, así como en organizaciones sindicales independientes, sin afiliación a ninguna central.<sup>9</sup> La Confederación de Sindicatos Alemanes (DGB, por su nombre en alemán), fundada en 1949, es la central sindical por lejos más importante del país. A finales de 2018, los ocho sindicatos miembros de la DGB contaban con casi seis millones de afiliaciones, equivalentes a 75 por ciento de todas y todos los sindicalistas. Le sigue la Federación Alemana de Funcionarios y Unión Salarial (DBB), generalmente conocida como Federación de Funcionarios, con 1,3 millones de afiliaciones. La Confederación Cristiana de Sindicatos (CGB) es la central menor, y contaba, según sus datos, con 271.000 afiliaciones en 2016. Según estimaciones del WSI, las organizaciones sindicales sin afiliación a ninguna de las centrales sumaron aproximadamente 280.000 miembros en conjunto.

Desde 1945 prevalece el principio de sindicato unitario en Alemania, debido a que la división política del movimiento sindical fue considerada una de las causas que posibilitaron su destrucción casi sin resistencia por los nacionalsocialistas en 1933. No existen vínculos formales entre los sindicatos miembros de la DGB y de la DBB con un

---

<sup>8</sup> Los funcionarios de la administración pública eligen los llamados consejos del personal, que operan sobre una base legal independiente, aunque similar.

<sup>9</sup> La *United Leaders Association (Unión de las asociaciones alemanas de personal de dirección, ULA)* no conforma una central sindical stricto sensu, porque solamente una parte de sus organizaciones afiliadas se definen como sindicatos. El sindicato más importante que integra la ULA es la Asociación de Académicos, Empleados y Directivos Administrativos de la industria química (VAA, por su nombre en alemán), que tiene 30.000 afiliados, según sus datos.



determinado partido político, tampoco reciben financiamiento de partido alguno. No obstante, históricamente los sindicatos afiliados a la DGB mantuvieron una relación más cercana al SPD. Esta relación entró en crisis en 2003, cuando el gobierno formado por socialdemócratas y verdes encabezado por el canciller federal Gerhard Schröder aplicó fuertes recortes al seguro de desempleo y fomentó activamente el sector de salarios bajos, contra la voluntad de la DGB.

Este distanciamiento entre el SPD y los sindicatos de la DGB coadyuvó en 2005 a la fundación del partido *Die Linke*, que contó con el respaldo activo de una minoría relevante del movimiento sindical, sobre todo de ver.di [servicios] e IG Metall [metalúrgicos]. El aumento de la edad jubilatoria a 67 años por la CDU/CSU y el SPD en 2007 profundizó aún más la desafección. En cambio, la superación de los efectos de la crisis económica de 2008-2009 contribuyó a un renovado acercamiento entre los dirigentes del SPD y la DGB que ha continuado desde 2013 y encuentra su expresión más visible en la estrecha cooperación entre la DGB y el Ministerio de Trabajo, conducido por la socialdemocracia. Los resultados de las elecciones legislativas federales de 2017 indican, sin embargo, que el nuevo acercamiento no encuentra un eco palpable entre los afiliados sindicales en general. El presidente de la DGB, Reiner Hoffmann, reelegido en 2018, integra el SPD, al igual que los presidentes del IG BCE (Minería, Química y Energía) y de la IG Metall, Michael Vassiliadis y Jörg Hoffmann.

### **3.1 LA DGB Y SUS SINDICATOS INDUSTRIALES**

En la DGB rige el principio: una empresa, un sindicato. Los ocho sindicatos miembros de la DGB se definen como sindicatos industriales, que organizan a todos los trabajadores de los sectores y empresas o entidades de servicio en el área de organización de su competencia. Sin embargo, una serie de fusiones y asociaciones ha desembocado en el surgimiento de grandes sindicatos que abarcan múltiples sectores. En los últimos años, la reestructura de sectores y empresas, la duplicación de competencias (por ejemplo en educación, energía y logística) y la aparición de nuevas industrias (TI, energía solar y eólica) desencadenaron problemas de delimitación y conflictos entre los sindicatos industriales de la DGB, que se generaron más a menudo que en períodos anteriores. En consecuencia, se adoptaron varios acuerdos intersindicales con la finalidad de mitigar dichos conflictos, y por esta vía se logró

encaminar un conflicto especialmente duro en torno a la competencia en el área de la logística de contratos entre la IG Metall y ver.di.

Los sindicatos miembros de la DGB se financian exclusivamente sobre la base de cotizaciones y su patrimonio. No reciben fondos estatales ni subsidios públicos. La remuneración del aparato, del personal administrativo y de los funcionarios empleados está a cargo de los sindicatos. En la mayoría de los sindicatos miembros de la DGB la cuota social asciende al 1 por ciento del salario mensual bruto; las personas desocupadas y jubiladas pagan menos. Por lo general, el pago se efectúa mediante autorización de cobro, la cuota se actualiza automáticamente en función de los aumentos de salario. Por esta razón, en los años con buenos acuerdos salariales los ingresos anuales por concepto de cuotas de los sindicatos se pueden mantener estables o incluso crecer, a pesar de una tendencia moderada a la baja de las afiliaciones.

Cuadro 3

Sindicato	Áreas de organización	Afiliaciones 2018
Unión Industrial de Trabajadores del Metal (IG Metall)	Industria metalúrgica y electrotécnica; industria siderúrgica; textiles y vestimenta; limpieza de textiles; procesamiento de madera; talleres de automoción, electricidad, carpintería y sanitaria; Facility Management; logística de contratos.	2.271.000
Sindicato Unido de Servicios (ver.di)	Servicio civil; comercio, bancos y seguros; salud; cuidados; servicios sociales y educativos; transporte; correos; telecomunicación; puertos; medios; industria de impresión; vigilancia y servicios de seguridad; sector inmobiliario; bomberos, etc.	1.969.000
Sindicato Industrial de Minería, Química y Energía (IG BCE)	Industria química; industria farmacéutica; minas; empresas energéticas, etc.	632.000
Sindicato de Educación y Ciencia (GEW)	Escuelas, instituciones de educación terciaria, educación infantil, capacitación	279.000
Sindicato Industrial de la Construcción, la Agricultura y el Medio Ambiente (IG BAU)	Industria de la construcción; talleres de construcción; limpieza de edificios; servicios de mantenimiento edilicio; agricultura y silvicultura	247.000
Sindicato de Alimentación, Tabaco y Restaurantes (NGG)	Industria de la alimentación, sector alimentario tradicional, industria de la bebida, molinos, hoteles y restaurantes, restauración colectiva	198.000
Sindicato de la Policía (GdP)	Servicios policiales	191.000
Sindicato Ferroviario y de Tránsito (EVG)	Ferrocarriles, transporte ferroviario	187.000

Fuente: DGB; Resumen:

El porcentaje de mujeres en los sindicatos de la DGB se ha mantenido bastante estable en los últimos años. En 2018 ascendió a 34 por ciento de un total de 5.975.000 afiliados, lo que representa un leve aumento de 2 por ciento desde 2008. La proporción de mujeres en los sindicatos industriales depende de la estructura de empleo en las

respectivas áreas de organización en cuestión. En 2018 el porcentaje de mujeres más alto correspondió por lejos al GEW, con 72 por ciento. Le siguió ver.di, con 52 por ciento, y NGG, con 42 por ciento. Los tres sindicatos organizaron a sectores con una proporción de trabajadoras bastante alta. Una proporción claramente menor de afiliadas se registró en la IG Metall, con 18 por ciento, y en el EVG y el IG BCE, con 22 por ciento en ambos casos. En el GdP y el IG BAU, las mujeres equivalen a alrededor de un cuarto de las afiliaciones, con el 25 y el 27 por ciento, respectivamente.

Entre los trabajadores más jóvenes los sindicatos de la DGB ostentan tasas de representación por debajo de la media. A finales de 2017 la proporción de jóvenes, que comprende la totalidad de los afiliados hasta los 27 años, llegó al 8,5 por ciento. Sin embargo, en el mismo momento la participación porcentual de este grupo etario en el total de los ocupados sujetos al seguro social alcanzó 16,6 por ciento, es decir, casi el doble. Entre las y los jóvenes se repiten las marcadas diferencias existentes entre los sindicatos industriales. A finales de 2017 el sindicato de la policía ostentó la proporción por lejos más alta de jóvenes, con casi el 20 por ciento de las afiliaciones. Los sindicatos de la industria química y metalúrgica se ubican en el segundo y tercer puestos, con aproximadamente el 10 por ciento en ambos casos. Con el 5,5 por ciento ver.di alcanzó una proporción de jóvenes claramente menor. El GEW ocupó el último lugar, con el 4 por ciento. La organización de trabajadores jóvenes se enfrenta al problema estructural de la reducción del número de aprendices, de 1,68 millones en 2001 a 1,32 millones en 2017 (Destatis 2018). Dado que durante su formación, en Alemania, los aprendices se encuentran la mayor parte del tiempo en las empresas, resulta más fácil contactarlos donde hay comités de empresa integrados por sindicalistas que pueden proponerles una afiliación sindical sin mayores obstáculos.

A diferencia de otros países, en Alemania la afiliación sindical no cesa automáticamente con el cambio del empleo, ni tampoco a causa de desocupación o jubilación. En los casos de cambios del sindicato, se computan los años de afiliación acreditada en el seno de la DGB. Cerca del 20 por ciento de las afiliaciones a los sindicatos de la DGB corresponden a personas jubiladas y alrededor del 5 por ciento a desocupadas. La proporción de los afiliados económicamente activos varía de un sindicato a otro, y algunas organizaciones no publican los números correspondientes. La IG Metall y ver.di son la excepción a la regla: en el caso de ver.di las personas activas en 2017 fueron el 76 por ciento de los afiliados y en la IG Metall, el 70 por ciento.

En 2005 se suprimió la diferenciación histórica del derecho de trabajo y el

derecho social entre trabajadores y empleados. Los últimos datos desglosados referidos a los socios de los grandes sindicatos industriales y ver.di datan de 2014. En ese momento la economía en su totalidad registraba al 68 por ciento de la población activa dependiente como empleadas/os, al 21 por ciento como trabajadoras/es, al 6 por ciento como funcionarias/os públicas/os y al 4 por ciento como aprendices. Aunque en el IG BCE la proporción de trabajadoras/es se ubicaba en casi 75 por ciento y en la IG Metall en alrededor de 80 por ciento. Muy diferente fue la situación en ver.di, con apenas el 30 por ciento de trabajadoras/es, una amplia mayoría de empleadas/os y un porcentaje menor de funcionarias/os públicas/os. Estas diferencias reflejan en parte las variadas estructuras sectoriales. Pero la presencia relativamente baja de empleadas/os en el IG BCE y la IG Metall es también expresión de su arraigo histórico en las ramas de producción de las grandes industrias. Tanto el IG BCE como la IG Metall se están esforzando por lograr una mayor presencia en las áreas de desarrollo, investigación y TIC de los sectores que representan.

Alrededor de 420.000 afiliados de los sindicatos de la DGB (sobre todo, ver.di, GEW, GdP y EVG) son funcionarios públicos. Tienen un estatus especial en Alemania, concedido por el Estado con carácter vitalicio, que los protege de ser despedidos, salvo en casos de actos delictivos. Las funcionarias y los funcionarios gozan de libertad sindical, pero sus remuneraciones y horarios de trabajo son fijados por ley por los parlamentos. No participan en las negociaciones colectivas, y por su estatus especial no tienen derecho de huelga, de conformidad con la opinión jurídica dominante que fue confirmada expresamente por el Tribunal Federal Constitucional en junio de 2018 (Tribunal Federal Constitucional 2018). Según los datos más actualizados, en 2016 el Estado empleó a cerca de 1,7 millones de funcionarias/os (incluyendo juezas y jueces).

Cuadro 4 - Sindicatos afiliados a la DBB

Sindicato	Áreas de organización	Afiliaciones
Federación de Formación y Educación (VBE)	Educadoras y educadores a nivel preescolar, primario, secundario —ciclo básico y ciclo superior— y formación docente	164.000*
Sindicato Alemán de la Policía (DPoIG)	Servicios policiales	94.000*
Sindicato komba (komba)	Trabajadores municipales, empresas de servicios municipales privatizadas	90.000*

Asociación Alemana de Filólogos (DPHV)	Profesoras y profesores de liceos, escuelas y liceos integrados, institutos universitarios y universidades	90.000*
Sindicato Alemán de la Administración Impositiva (DStG)	Administración fiscal, autoridades impositivas	70.000*
Sindicato de la Seguridad Social (GdS)	Seguridad social (enfermedad, jubilaciones, accidentes, desempleo)	42.000**
Sindicato de los Conductores Ferroviarios de Alemania (GDL)	Ferrocarriles	34.000*
Sindicato de Comunicación DPV (DPVKOM)	Deutsche Post AG, Deutsche Telekom AG, Deutsche Postbank AG	27.000**

### 3.2 FEDERACIÓN DE FUNCIONARIOS Y OTROS SINDICATOS

La segunda central en importancia es la Federación de Funcionarios y Unión Salarial (DBB). Aglutina 40 sindicatos federales y de sectores específicos, que organizan, fundamentalmente, a funcionarias/os públicas/os, pero también a trabajadores asalariados de todos los niveles de la función pública y, en parte, también del sector de servicios privado. A finales de 2018, todos los sindicatos miembros de la DBB registraban 1.318.000 afiliaciones, 32 por ciento de ellas, mujeres. En el caso de los sindicatos miembros de la DBB, el grupo de los jóvenes comprende a todos los afiliados de entre 16 y 30 años, alrededor del 11 por ciento del total (aproximadamente 150.000 afiliados). No se dispone de datos sobre el porcentaje de afiliados no activos. La DBB es la central que cuenta por lejos con más funcionarios públicos afiliados, en total 925.000. A diferencia de los sindicatos de la DGB, la dbb ha manifestado siempre su oposición al derecho de huelga de los funcionarios públicos.

Otros sindicatos de rama importantes se han constituido en el sector de escuelas, liceos y pedagogía, en las agencias de seguridad y en las administraciones locales y tributarias. Los intereses de los 394.000 afiliados de la DBB sin estatus de funcionario público son representados por la DBB Unión Salarial (*DBB tarifunion*). Con respecto a los funcionarios públicos, la DBB tarifunion actúa como parte de un grupo negociador, en conjunto con ver.di y otros sindicatos de la DGB. Sin embargo, en otros sectores hay organizaciones que compiten con los sindicatos de la DGB. Un ejemplo destacado es el Sindicato de Conductores Ferroviarios de Alemania (GDL), que organiza a los

conductores y una parte del personal del tren. El GDL mantiene una dura rivalidad con el EVG, el sindicato por lejos más grande del sistema ferroviario. A su vez, la DBB se autodefine como una central sindical políticamente independiente, aunque mantiene relaciones tradicionalmente buenas con los partidos CDU y CSU. Ulrich Silberbach, presidente de la DBB desde 2017, integra el CDU.

La Confederación Cristiana de Sindicatos (CGB) es la tercera central sindical, y por lejos la de menor importancia. A diferencia de las otras dos confederaciones, se autodefine como un sindicato con tendencia político-religiosa. La central tiene 13 sindicatos especializados afiliados, aunque solo algunos de ellos actúan con autonomía en las negociaciones colectivas. Según datos propios, en 2016 la central registraba 271.000 afiliaciones, correspondiendo el 24 por ciento de ellas a mujeres. La central no proporciona información sobre sus sindicatos industriales, pero se calcula que el Sindicato Metalúrgico Cristiano (CGM) y la organización DHV —sindicato de los profesionales— sean los mayores. Supuestamente el CGM tiene 87.000 integrantes,<sup>10</sup> en tanto el sitio web del DHV informa de aproximadamente 73.000 miembros en 2018. Sin embargo, hay fuertes dudas respecto del número de afiliaciones de ambos sindicatos. Hay indicios de que el DHV jamás ha tenido más que 32.000 afiliados, y el DHV posiblemente ni siquiera 20.000 (Müller/Wassermann 2015). Por lo tanto, habría que ser cauto respecto del total de afiliaciones de la CGB.

Los sindicatos que integran la CGB no tienen la capacidad de llevar a cabo una huelga en ningún sector, a diferencia de los fuertes sindicatos cristianos belgas, por ejemplo. En el pasado se han vuelto atractivos para las empresas, porque firmaron convenios salariales que socavaron las condiciones salariales y de trabajo acordadas por los sindicatos de la DGB. En los últimos tiempos, los sindicatos de la CGB se han esforzado por liberarse de la imagen del sindicalismo de subcotización.<sup>11</sup>

Al igual que la DBB, la CGB se autodefine como independiente, a pesar de su cercanía política con los partidos demócratacristianos. La preside el antiguo diputado

---

<sup>10</sup> Oeckl, *Handbuch des öffentlichen Lebens*, edición online, [www.oeckl.de](http://www.oeckl.de), sobre la base de informaciones sindicales [31 de julio de 2018]

<sup>11</sup> Siguiendo esta línea de acción, a mediados de 2018 el DHV denunció el convenio salarial que había concluido con una pequeña empresa subsidiaria del grupo minorista Metro, cuando este intentó de servirse del convenio para socavar el convenio colectivo del comercio minorista firmado por ver.di.

federal por la CSU Matthäus Strebl. No obstante, la mayoría de los trabajadores sindicalizados cercanos a la CDU y la CSU se afilian a uno de los sindicatos de la DGB, no de la CGB.

Los sindicatos de la DGB ven a la CGB como una organización adversaria, a la que combaten. En varias ocasiones lograron que los tribunales denegaran a algunos sindicatos de la CGB el derecho de negociar convenios salariales, por ejemplo en el ramo del trabajo temporal. El retiro de la capacidad de negociar tales convenios implica que todos los convenios concluidos por esos sindicatos o grupos negociadores pierdan validez.

### **3.3 SINDICATOS GREMIALES Y SECTORIALES**

Varios sindicatos no están afiliados a ninguna de las centrales. Según estimaciones del WSI correspondientes al año 2017, en ese año tuvieron 280.000 afiliados; no todos los sindicatos de este grupo firman convenios salarios propios. Lo que tienen en común es la organización de grupos gremiales o profesionales específicos.

La organización más importante es por lejos la Sociedad de los empleados y funcionarios médicos de Alemania Marburger Bund (MB), que organiza sobre todo a los médicos empleados de los hospitales. A principios de 2018 este sindicato contaba con cerca de 120.000 afiliaciones, convirtiéndose en el de mayor peso de ese grupo profesional. El 53 por ciento de las afiliaciones correspondía a mujeres. Hasta 2005, el MB participaba en las negociaciones salariales conjuntamente con los sindicatos competentes de la DGB; sin embargo, a partir de ese año optó por una política laboral y salarial independiente. Con la primera huelga médica masiva en los hospitales alemanes en 2006, el MB logró, por primera vez, la firma de convenios independientes, y registró un fuerte aumento de afiliaciones. En un primer momento, la rivalidad en materia de política laboral y salarial provocó tensiones considerables con ver.di, que organiza sobre todo al personal de enfermería y técnico de los hospitales. Sin embargo, en 2017 MB y ver.di acordaron que respetarían las respectivas autonomías en las negociaciones salariales y laborales en el sistema de salud y no aceptarían que los

operadores de los hospitales los enfren- taran entre ellos.<sup>12</sup>

La Asociación Alemana de Periodistas (DJV) es la principal organización sindical en representación de los periodistas de las casas editoriales y publicaciones periódicas. En 2017 tenía aproximadamente 33.500 afiliados. Este sindicato compite con la Unión Alemana de Periodistas (DJU), cuyas afiliaciones llegan aproximadamente a la mitad de la DJV y que forma parte de ver.di. Por lo general, ambos sindicatos actúan en conjunto durante las negociaciones colectivas. Por otra parte, la Asociación Alemana de Empleados Bancarios (DBV), con 21.000 integrantes según la información proporcionada por la organización, siempre se ha autodefinido como el segundo sindicato del sector bancario, además de ver.di. Luego de años de duros enfrentamientos, en 2011 se inició un acercamiento paulatino entre la DBV y ver.di, que desembocó en un acuerdo sobre la formación de un grupo negociador para el área de la banca cooperativa.

En el área de la aeronáutica hay varios sindicatos que coexisten con ver.di. Por un lado, la Asociación Cockpit (VC) representa, según sus propios datos, a 9.600 afiliados, constituyéndose así en el sindicato de pilotos más importante. Ganó su autonomía en materia de política laboral y salarial a partir de una huelga en la principal empresa aérea de Alemania, Lufthansa, y en 2018 inició un conflicto laboral con Ryan Air. La Organización Independiente de Acompañantes de vuelo (UFO), que actúa en el área de la tripulación de cabina de las empresas aéreas, informa de 13.000 afiliados. Por último, el personal de control aéreo está representado en su totalidad por el Sindicato del Control Aéreo (GdF).

## **4 DESAFÍOS ORGANIZATIVOS**

### **4.1 EVOLUCIÓN DE LAS AFILIACIONES**

---

<sup>12</sup> Paralelamente, se busca evitar que se aplique la ley relativa a la unidad de negociación. Esta ley fue aprobada por la “coalición grande” en 2015 y prevé la posibilidad de que, en el caso de coexistir varios convenios colectivos, en determinadas condiciones solo sea aplicable aquel firmado por el sindicato con más afiliaciones. La ley, por cierto controvertida en la DGB, fue recurrida ante el Tribunal Federal Constitucional por ver.di y el MB, entre otras organizaciones. En 2017 el Tribunal reconoció la constitucionalidad en principio de la norma.



Los sindicatos en general gozan de una imagen bastante positiva; por lo menos así lo indican las encuestas. En 2018, el 75 % de los encuestados asociaban algo positivo con el término “sindicatos” (v. cuadro 4).

Sin embargo, desde la década de 1990 esta imagen generalmente positiva de los sindicatos ha contrastado con una fuerte caída de las afiliaciones. Esta afectó sobre todo a la DGB, con una reducción a menos de seis millones de miembros, un nivel históricamente bajo, si tenemos en cuenta que la presencia de la central antes de 1990 se limitaba a Alemania Occidental.

Cuadro 5 - Eurobarómetro: Imagen pública de los sindicatos (em %)\*

Eurobarómetro: Imagen pública de los sindicatos (em %)*		
	En general positiva	En general negativa
Otoño de 2009	60	25
Otoño de 2014	60	32
Otoño de 2015	66	27
Primavera de 2016	68	24
<b>Primavera de 2018</b>	<b>76</b>	<b>18</b>

Fuente: Comisión Europea, *Eurobarometer Survey*, varias ediciones.

\* Pregunta: »Por favor, indique en relación a cada uno de los términos a continuación, si le genera una asociación muy positiva, bastante positiva, bastante negativa o muy negativa«: »Sindicatos« (»muy positiva« y

Múltiples razones pueden explicar esta evolución. La acelerada desindustrialización de la antigua República Democrática Alemana (RDA) conllevó una caída casi en picada de las afiliaciones en el Este del país en los años 90. A esto se agregaba, en Alemania Occidental, la pérdida de muchos puestos de trabajo bajo el impacto de racionalizaciones, reestructuras y deslocaciones que afectaron a sectores industriales con alta sindicalización. Por ejemplo, la reducción ininterrumpida de las afiliaciones del IG BCE están directamente relacionadas con el abandono de la minería de carbón. La contracción de las grandes empresas y la externalización de servicios de las plantas de producción crearon dificultades para la IG Metall. Y la privatización del ferrocarril y del correo, que fue acompañada de una reducción de puestos de trabajo en las dos empresas grandes anteriormente en manos del Estado, tuvo un efecto igualmente negativo en el número de afiliados. Sin embargo, los sindicatos aún no han logrado mejorar su presencia en las áreas de servicios conformadas sobre todo por pequeñas

empresas, para contrarrestar esa tendencia. De todos modos, al parecer la evolución se ha frenado desde 2008 (v. cuadro 5). Es más, entre los sindicatos de la DGB, GEW y GdP parecen haber logrado una inversión de la tendencia, y la IG Metall alcanzó una consolidación evidente. En cambio, ver.di aún debe preocuparse. Las afiliaciones crecientes en las áreas de la salud, de los servicios sociales y de la educación no compensan los números decrecientes en otras áreas como la administración pública y el comercio minorista.

Cuadro 6 - Evolución de las afiliaciones, 2001–2017

Evolución de las afiliaciones, 2001–2017					
	2001	2008	2017	2001–2008	2008–2017
<b>Confederación de Sindicatos Alemanes (DGB)</b>	<b>7.899.000</b>	<b>6.265.000</b>	<b>5.995.000</b>	<b>– 20,7 %</b>	<b>– 4,3 %</b>
<b>Sindicatos industriales de la DGB</b>					
<i>Unión Industrial de Trabajadores del Metal (IG Metall)</i>	2.710.000	2.301.000	2.263.000	– 15,1 %	– 1,7 %
<i>Sindicato Unido de Servicios (ver.di)</i>	2.807.000	2.138.000	1.987.000	– 23,8 %	– 7,1 %
<i>Sindicato Industrial de Minería, Química y Energía (IG BCE)</i>	862.000	701.000	638.000	– 18,7 %	– 9,0 %
<i>Sindicato Industrial de la Construcción, la Agricultura y el Medio Ambiente (IG BAU)</i>	510.000	336.000	255.000	– 34,1 %	– 24,1 %
<i>Sindicato de Educación y Ciencia (GEW)</i>	268.000	252.000	278.000	– 6,0 %	+ 10,3 %
<i>Sindicato de Alimentación, Tabaco y Restaurantes (NGG)</i>	251.000	206.000	200.000	– 17,9 %	– 2,9 %
<i>Sindicato Ferroviario y de Tránsito (EVG)</i>	306.000	219.000	190.000	– 28,4 %	– 13,2 %
<i>Sindicato de la Policía (GdP)</i>	185.000	169.000	185.000	– 8,6 %	+ 9,5 %
<b>Federación Alemana de Funcionarios y Unión Salarial (dbb)</b>	<b>1.211.000</b>	<b>1.280.000</b>	<b>1.312.000</b>	<b>+ 5,7 %</b>	<b>+ 2,5 %</b>
<b>Confederación Cristiana de Sindicatos (CGB)</b>	<b>306.000</b>	<b>275.000</b>	<b>270.000</b>	<b>– 10,1 %</b>	<b>– 1,8 %</b>
<b>Sindicatos no afiliados</b>	<b>220.000</b>	<b>255.000</b>	<b>280.000</b>	<b>+ 15,9 %</b>	<b>+ 9,8 %</b>
<i>Entre ellos: Marburger Bund (MB)</i>	70.000	106.000	120.000	+ 51,4 %	+ 13,2 %
<b>Total</b>	<b>9.636.000</b>	<b>8.075.000</b>	<b>7.858.000</b>	<b>– 16,2 %</b>	<b>– 2,7 %</b>
<i>Tasa de organización neta*</i>	20 %	17 %	15 %		

Nota: \* Cálculos del WSI; número de trabajadores: destatis; tasa de organización neta: hipótesis de 75% de afiliados económicamente activos. Fuentes: Datos proporcionados por los sindicatos; oeckl-online.de; cálculos propios del WSI.

Fuertes caídas se registraron en el EVG bajo el impacto de la reducción de

personal de los ferrocarriles del *Deutsche Bahn*. En tanto, el IG Bau sufrió un desplome del número de afiliados. Las crecientes afiliaciones en el ramo de la limpieza de edificios fueron por lejos insuficientes para compensar los duros recortes provocados por el cambio estructural en la industria de la construcción.

La dbb ha sido la única central con una tendencia generalmente positiva del número de afiliados desde 1990, que se debía, entre otras razones, a la situación laboral estable de las funcionarias y los funcionarios públicos. No obstante, esta evolución no ha podido evitar que la proporción de los trabajadores sindicalizados en Alemania haya caído a un nivel bastante bajo, incluso en el contexto europeo. A diferencia de 2001, cuando alrededor de la quinta parte de los trabajadores ocupados integraban un sindicato, en 2017 apenas el 15 % habían obtenido su carnet sindical. A juicio del presidente de la DGB, esta evolución constituye una amenaza no solo para la capacidad estructuradora de los sindicatos, sino también para la legitimidad de su pretensiones en ese sentido (Hoffmann 2018).

El nivel de organización decreciente viene acompañado del retiro territorial de las estructuras sindicales. Los sindicatos ya no están presentes en la vida cotidiana de muchas personas. Este déficit no puede ser neutralizado por una fuerte presencia mediática, porque la decisión a favor de la afiliación sindical depende en gran medida del contacto directo y de la visibilidad de los sindicatos en el entorno personal y el lugar de trabajo (Dribbusch 2003).

Sin embargo, a lo largo de su vida laboral muchos trabajadores (casi) no tienen contacto personal con una organización sindical, un hecho fuertemente dependiente del tamaño de la empresa. A diferencia de las empresas grandes, donde los sindicatos suelen tener una fuerte presencia en los comités de empresa y entre los trabajadores, esto resulta excepcional en las empresas pequeñas y medianas. Además, en las grandes industrias tradicionales los sindicatos pueden recurrir a una larga tradición, a diferencia de los sectores de servicios estructurados en pequeñas unidades, donde su intento de establecerse enfrenta serios obstáculos (cfr. Dribbusch 2003; Bremme et al. 2007; Birke 2010, entre otros). La dispersión de los trabajadores entre múltiples lugares de trabajo, muchas veces muy pequeños, y la fragmentación en relaciones laborales y regímenes horarios muy diversos dificultan la creación de estructuras de representación sindical. Para decirlo en pocas palabras: el número reducido de afiliaciones en el sector privado de servicios no resulta, en primer lugar, de una baja demanda de representación sindical, sino de su disponibilidad reducida. A falta de sindicatos, no hay afiliación.

Los éxitos en las negociaciones laborales y salariales, que los sindicatos alemanes logran a pesar de numerosas lagunas organizativas, dependen fundamentalmente de las islas mayores y menores de fortaleza sindical que se esconden detrás de las cifras promedio a nivel federal. El bastión sindical más fuerte sigue siendo la industria automotriz, con una tasa de afiliación que continúa muy por encima de la mitad del personal ocupado. En algunas fábricas hasta el 80 o 90 por ciento de los trabajadores fijos integran el sindicato. Esas empresas forman la columna vertebral de la IG Metall. Un grado muy inferior de organización se verifica en el sector de construcción de máquinas, donde coexisten algunas empresas bien organizadas con numerosas empresas pequeñas y medianas en las que a menudo los integrantes del sindicato se encuentran claramente en minoría. En la industria química se observan fuertes diferencias respecto del nivel de sindicalización. Con un nivel de afiliación al IG BCE de casi un tercio de todos los trabajadores, se trata de un sector con un nivel de sindicalización en el territorio superior a la media. En el caso de los servicios públicos, las empresas de transporte público y de eliminación de residuos aún existentes a nivel municipal continúan siendo los bastiones sindicales. No obstante, en las ciudades grandes cobran cada vez más peso los servicios sociales y de educación municipales, así como los hospitales públicos. En esta área existen fuertes diferencias entre las ciudades, pero sobre todo entre las zonas urbanas y rurales. Precisamente, en las ciudades pequeñas y en el medio rural faltan a menudo estructuras sindicales. Por lo tanto, la presencia sindical en las empresas es particularmente baja. En el sector privado de servicios las actividades fundamentales de las empresas *Deutsche Bahn*, *Deutsche Post DHL* y *Deutsche Telekom*, que surgieron a partir de la privatización de los servicios públicos de correo y ferrocarril, muestran un elevado grado de sindicalización. En cambio, resulta muy inferior la presencia de ver.di en las nuevas empresas de correo, telecomunicación y transporte que se establecieron en el mercado a partir de la liberalización. A nivel del comercio minorista, las insolvencias de algunas empresas bien organizadas le quitaron muchas bases a ver.di. Coexisten algunos grandes almacenes y cadenas de ropa de autoservicio con un alto grado de sindicalización con la gran mayoría de almacenes y sucursales sin organización sindical. Esto vale sobre todo para una porción importante del comercio de alimentos. Desde 2013 se está llevando a cabo un conflicto paradigmático con el gigante de las ventas por correo, Amazon, sobre la aplicación de los resultados de las negociaciones colectivas (Boewe / Schulten 2015). La organización del sector de la logística, de fuerte crecimiento desde mediados

de la primera década de 2000, es otro desafío importante. En este sector operan sobre todo Verdi e IG Metall.

Hay repetidos ejemplos de éxitos laborales y salariales incluso en las ramas y empresas de servicio, que se logran a pesar del bajo grado de sindicalización gracias a la exitosa movilización hasta de grupos reducidos de afiliados, sobre todo, cuando se asegura el apoyo de la población. Fue un muy buen ejemplo de esto la primera huelga nacional del sector limpieza de edificios en 2009, en la cual el IG BAU pudo defender el salario mínimo nacional del sector gracias al fuerte apoyo público.

## **4.2 ARRAIGO EM LAS EMPRESAS Y COGESTIÓN**

La presencia sindical en las empresas está estrechamente relacionada con la existencia de los comités de empresa y de personal. La ley sobre los comités de empresa habilita la creación de comités de empresa en todas las empresas de cinco o más trabajadores. Son elegidos por todos los trabajadores y actúan con independencia de los sindicatos, por lo menos formalmente. Sin embargo, constituyen casi siempre el nexo local con los sindicatos. La cooperación entre el comité de empresa y los sindicatos se apoya además en la legislación vigente.<sup>13</sup> Según un análisis de las elecciones a los comités de empresa encomendado por la Fundación Hans Böckler, en 2014 aproximadamente 75 por ciento de los integrantes de los comités de empresa estaban también afiliados a un sindicato.

La creación de los comités de empresa no es obligatoria. No obstante, los sindicatos tienen la facultad de iniciativa para hacer efectivo el inicio del proceso fundacional de un comité cuando aún no existe en una empresa. El establecimiento inicial del comité de empresa resulta a menudo en conflictos con las empresas (Behrens/Dribbusch 2018). Algunas empresas combaten su fundación, como sucede con frecuencia en pequeñas y medianas empresas bajo la dirección de los dueños.

La existencia de los comités depende asimismo del tamaño de las empresas (v. cuadro 6). Tan solo el nueve por ciento de todas las empresas con cinco o más

---

<sup>13</sup>En analogía con la Ley de Comités de Empresa que regula el funcionamiento y los derechos y obligaciones de los comités de empresa, el funcionamiento de los comités de personal en el ámbito de los servicios públicos está sujeto a diversas leyes relativas a la representación del personal. A pesar de la coincidencia básica del derecho de representación en los servicios públicos, en algunos casos los consejos de personal podrán regirse por disposiciones legales divergentes.

trabajadores tienen un comité de empresa.<sup>14</sup> Sin embargo, esas empresas emplean nada menos que 39 por ciento de todos los trabajadores (Ellguth/Kohaut 2018). Si se enfocan exclusivamente las empresas con más de 20 trabajadores, la proporción del personal ocupado con representación por un comité de empresa se ubicó en cerca de la mitad de los trabajadores. En las empresas grandes con 500 o más trabajadores ese porcentaje alcanzó incluso cerca de 90 por ciento.

Por lo tanto, resulta particularmente alta la representación por un comité de empresa entre los trabajadores de los sectores, que aún cuentan con una proporción relativamente alta de empresas grandes, especialmente los servicios de energía eléctrica y de agua, el área de los servicios financieros y la industria manufacturera (v. cuadro 7). En cambio, en los sectores construcción, gastronomía y comercio el número de comités de empresa es particularmente bajo.

Cuadro 6

	Categorías de empresas según tamaño (trabajadores)					Todos a partir de 5 trabajadores	Todos con más de 20 trabajadores
	5–50	51–100	101–199	200–500	501 +		
Empresas con consejo de empresa	5	32	53	69	80	9	27
Trabajadores con consejo de empresa	9	33	55	70	86	39	52

Fuente: Ellguth/Kohaut 2018 basado en el IAB panel de empresa; industria privada a excepción de la agricultura y las organizaciones sin fines de

<sup>14</sup> Los siguientes apartados sobre la presencia de los comités de empresa y la cobertura convencional se basan en datos relevados por el IAB Betriebspanel, una encuesta representativa anual entre 16.000 empresas, que se realiza por encargo del Instituto de Estudios Laborales y Profesionales (IAB) de la Agencia Federal de Trabajo. Se trata de la única fuente que facilita un análisis de largo plazo.

Cuadro 7

**Distribución de los comités de empresa (CE) por ramas de actividad.**

Rama de actividad	Empresas	Trabajadores
Energía / Agua / Residuos / Minería	35	79
Industria manufacturera	15	63
Construcción	3	17
Comercio	9	28
Transporte / Almacenamiento	11	46
Información / Comunicación	9	35
Servicios financieros	25	74
Hotelería / Otros servicios	3	9
Salud / Educación / Formación	12	44
Servicios científicos comerciales	6	25
<b>Total</b>	<b>9</b>	<b>39</b>

Nota: Empresas del sector privado con al menos cinco trabajadores, sin agricultura ni organizaciones sin fines de lucro. Fuente: IAB Betriebspanel.

La cogestión en la empresa a través de los comités de empresa y de personal coexiste con la llamada *cogestión de la empresa*, que surgió históricamente como respuesta al reclamo de democratizar las empresas después de la Segunda Guerra Mundial (respecto de la reseña a continuación, cfr.: Hans-Böckler-Stiftung 2015). Como expresión más radical de cogestión, en 1951 entró en vigor la cogestión en la minería y la industria siderúrgica, cuya incidencia se había reducido fuertemente ante el previsible fin de la minería y la contracción del sector siderúrgico en Alemania. En la actualidad, la forma de mayor peso es la llamada cogestión paritaria, de carácter obligatorio para todas las sociedades anónimas con 2.000 o más trabajadores, que entró en vigor en 1976. En este caso, el capital y el personal cuentan con el mismo número de representantes en el consejo de administración de la empresa. Por el lado del personal, se prevé la posibilidad de elegir tanto representantes desde el seno de la empresa como delegados sindicales, en una proporción preestablecida. En situaciones de conflicto, el capital, al que suele corresponder la presidencia, dispone de un voto de desempate adicional decisivo. Según cálculos de la Fundación Hans Böckler, en 2016 esta forma de cogestión se aplicaba en aproximadamente 640 empresas, a las que habrá que sumar cerca de 30 empresas del sector minero y siderúrgico. Para otras cerca de 1.500 sociedades anónimas con un mínimo de 500, pero menos de 2.000 trabajadores, rige en

cambio la llamada participación de un tercio. En este segmento, un tercio de los escaños del consejo de administración corresponde a los representantes de los trabajadores y sindicatos. Debido al involucramiento de los sindicatos en las decisiones empresariales, el sistema de cogestión de la empresa es considerado un elemento fundamental de la cooperación capital-trabajo alemana.

### **4.3 EROSIÓN DEL SISTEMA DE CONVENIOS COLECTIVOS**

En Alemania, solamente los sindicatos tienen el derecho de negociar convenios relativos a las condiciones salariales y laborales, no los comités de empresa. A ellos les compete, en cambio, velar por el cumplimiento de las cláusulas de los convenios. Con frecuencia se encargan además de la puesta en práctica concreta de los convenios, aunque solo en aquellos asuntos que les sean asignados expresamente por las partes, es decir, los empleadores y los sindicatos. En su mayoría los convenios son firmados por los sindicatos afiliados a la DGB. Sin embargo, la mera existencia de un convenio colectivo no implica una garantía automática de buenas condiciones de trabajo; estas dependen también de las respectivas correlaciones de fuerzas y condiciones económicas marco. Aunque en general es cierto que con mayor frecuencia los convenios vienen acompañados de suplementos, pagos extraordinarios (Hans-Böckler-Stiftung Pressedienst 2018) y, tendencialmente, mejores remuneraciones. Otra ventaja radica en que las disposiciones de un convenio no pueden ser suprimidas arbitrariamente por los empleadores, a diferencia de los compromisos voluntarios.

En el sistema de negociación salarial alemán predominan los convenios colectivos territoriales que cubren sectores enteros o partes de ellos. Tienen alcance regional o nacional para todas las empresas afiliadas a las asociaciones empresariales que firman el convenio. A diferencia de lo que ocurre en otros países europeos, el Estado casi no interviene en las negociaciones. La única excepción la constituye el sector público, dado que la Federación, los estados federados y los municipios actúan como parte de la negociación.

Desde los años 1990 se observa una erosión del sistema de negociación. Por un lado, disminuye la cobertura convencional, mientras por el otro, se procesa una paulatina pérdida del carácter vinculante y de los estándares negociados debido a una gran variedad de cláusulas de apertura respecto de los resultados negociados (Bispinck



2008).

El alcance de la política sindical de negociaciones salariales depende de la cantidad de empresas y, sobre todo, de trabajadores comprendidos por los respectivos acuerdos colectivos. Desde la perspectiva sindical preocupa, por lo tanto, la pérdida del nivel de cobertura convencional desde finales de la década de 1990 (v. figura 2). Aquí, al igual que en el caso de los comités de empresa, incide el tamaño de la empresa, que se manifiesta en una cobertura convencional de los trabajadores muy por encima de la cobertura de las empresas. A modo de ejemplo, en 2017 solo 22 por ciento de las empresas de Alemania Occidental con menos de diez trabajadores habían firmado un convenio colectivo; en cambio, entre las empresas con 500 o más trabajadores la cobertura llegó a 85 por ciento (en Alemania Oriental, 13 y 81 por ciento, respectivamente).

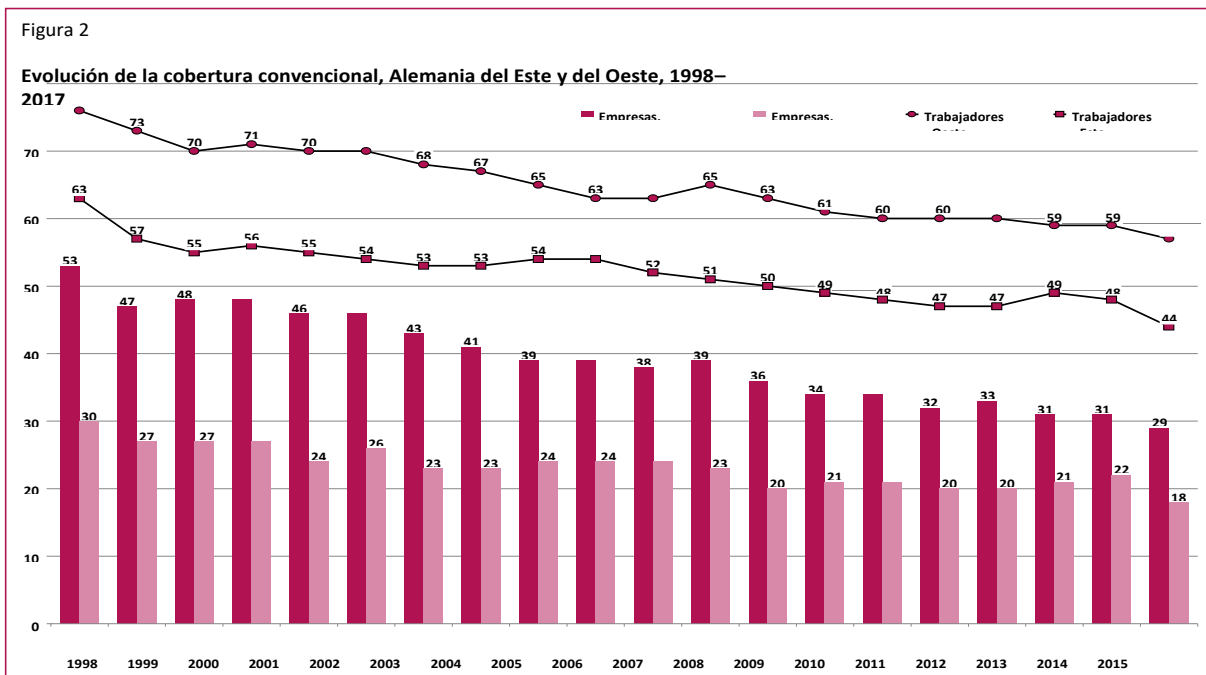
En ningún momento la cobertura convencional en Alemania del Este llegó a los niveles del Oeste del país. En 2011 cayó por debajo del umbral de 50 por ciento de los trabajadores. Las diferencias de cobertura convencional entre el Oeste y el Este del país se constatan también en los diversos sectores (v. cuadro 8).

En la actualidad, apenas un cuarto del personal de la industria manufacturera de Alemania Oriental trabaja en empresas con cobertura convencional. Esta continúa alcanzando sus niveles más altos en la administración pública y la seguridad social: en ambas partes del país la cobertura alcanza a 98 por ciento de los trabajadores. Gracias a la firma de convenios colectivos de alcance nacional en el sector bancario, la cobertura convencional del sector financiero se ubica por encima de la media, a diferencia de los sectores de servicios como el comercio o la gastronomía, donde no comprende siquiera la mitad de los trabajadores.<sup>15</sup>

Cuadro 8

---

<sup>15</sup> Cabe puntualizar que los valores inferiores relevados por la encuesta de estructura de los ingresos de la Oficina Federal de Estadística de Alemania (Destatis) para 2014 muestran un desvío hacia la baja (Destatis 2016). Según este relevamiento en 2014 solamente el 29 por ciento de los trabajadores contaba con cobertura convencional. Cada cuatro años Destatis recopila los datos directamente entre 60.000 empresas.



Los cambios en el sistema de negociación salarial no se deben solamente a la menor cobertura convencional, sino también a la práctica cada vez más extendida de las cláusulas de apertura respecto de los resultados negociados desde mediados de los años 1990 (Massa-Wirth 2007). En ellas las partes de la negociación facultan a los comités de empresa a apartarse, por tiempo limitado o indeterminado, de los estándares acordados en el convenio colectivo territorial. En la práctica esto lleva a la paulatina pérdida del carácter vinculante de los estándares acordados en los convenios colectivos. En parte, las cláusulas de apertura se ocupan de definiciones específicas, pero también de la reducción de los estándares acordados en las negociaciones. A diferencia de una fase inicial que se centraba en situaciones de emergencia económica, a partir del año 2000 se admiten también desvíos en aquellos casos en que las empresas solicitan una rebaja de los costos para mejorar su competitividad. Los acuerdos cobraron especial relevancia como parte de pactos de ocupación y competencia. En muchos casos los comités de empresa y los trabajadores fueron presionados por amenazas de reubicación de la producción o cierre si se negaban a hacer concesiones. Como contrapartida se acordaron, a menudo, garantías de empleo limitadas (Massa-Wirth / Seifert 2005; Dribbusch 2012).

Cuadro 9

Cuadro 8				
Rama de actividad	Convenio colectivo regional		Convenio de la empresa	
	Oeste	Este	Oeste	Este
Agricultura	47	18	(1)	(3)
Energía / Agua / Residuos / Minería	69	48	16	(24)
Industria manufacturera	51	24	12	11
Construcción	60	52	(3)	(2)
Comercio mayorista	36	13	4	(5)
Comercio minorista	35	25	5	(3)
Transporte / Almacenamiento	42	9	(16)	(11)
Información / Comunicación	16	7	(3)	(11)
Servicios financieros	78	64	5	(2)
Hotelería / Otros servicios	37	24	(2)	(2)
Salud / Educación / Formación	51	31	9	14
Organizaciones no comerciales	53	30	(12)	(11)
Administración pública / Seguridad social	91	77	7	21
<b>Total</b>	<b>49</b>	<b>34</b>	<b>8</b>	<b>10</b>

Nota: Valores entre paréntesis con valor explicativo reducido, al basarse en menos de 20 casos en la muestra aleatoria. Fuente: IAB Betriebspanel.

Según encuestas del instituto WSI (Bispinck / Schulten 2003), los comités de empresa tienen una opinión predominante- mente crítica de las cláusulas de apertura, porque temen verse obligados a hacer concesiones debido a las relaciones de fuerza desfavorables. Sobre todo en los sectores y empresas cuyos sindicatos tienen poca capacidad de incidir y cuyos comités de empresa mantienen vínculos débiles con los sindicatos, existe el peligro de una creciente perforación del sistema de negociaciones salariales acompañada de la pérdida de los estándares establecidos.

La erosión de la cobertura convencional es uno de los principales factores que contribuyeron a que Alemania tenga hoy uno de los mayores sectores de salarios bajos de la UE. Según cálculos de Kalina y Weinkopf (2017), en 2015 el 22,6 por ciento de los trabajadores de Alemania percibieron una remuneración por debajo del umbral del salario bajo, es decir, dos tercios del salario mediano.<sup>13</sup>

Ante las dificultades de obtener resultados efectivos en los sectores especialmente afectados por los salarios bajos, a mediados de la primera década del

2000 los sindicatos de la DGB empezaron a convencerse de la necesidad de introducir un salario mínimo legal. La campaña por el salario mínimo que la DGB inició en 2007, luego de más de un debate en su seno (Dribbusch/Birke 2012, 2014, 24–26), suscitó amplio apoyo popular. Según las encuestas, en el otoño [boreal] de 2009 el 85 por ciento de la población apoyó la iniciativa. En los años siguientes estos valores se mantuvieron constantes. Luego de las elecciones de 2013, en las que el partido liberal FDP - contrario al salario mínimo - perdió su representación parlamentaria, la llamada gran coalición integró la demanda en su programa de gobierno.

La introducción del salario mínimo legal en Alemania el 1 de enero de 2015 marcó un hito, a pesar de las disposiciones transitorias y excepciones previstas por la ley. De esta manera se puso fin al papel especial de Alemania como uno de los pocos países europeos sin un salario mínimo que cubriera todo el territorio nacional. El 1 de enero de 2017 el salario mínimo aumentó, pasando de 8,50 euros al momento de su introducción a 8,84 euros; sin embargo, el nuevo salario por hora no es suficiente para prevenir la pobreza en la vejez (Lübker/Schulten 2018). Quienes perciban el salario mínimo a lo largo de su vida laboral dependerán de prestaciones sociales adicionales para complementar su jubilación. Los aumentos previstos para 2019 y 2020, a 9,19 euros y 9,35 euros, respectivamente, no cambiarán esta situación. El salario mínimo de Alemania es relativamente bajo, si se compara con los de los otros países europeos.

No obstante, por dos razones la campaña por el salario mínimo ha sido un éxito para los sindicatos afiliados a la DGB. En primer lugar, fue posible obtener el apoyo mayoritario de la sociedad a favor del reclamo fundamental sindical de introducir un límite salarial inferior. En segundo lugar, de la mano de la campaña se despertó el interés por otros temas como los salarios bajos y la ocupación precaria. Esto retro-alimentó la política salarial sindical; tanto a nivel social en general como a nivel sindical se prestó más atención a los sectores de salarios bajos. Se generó un impacto generalmente positivo sobre las categorías bajas de la escala salarial (Bispinck 2018). La sensibilidad creciente hacia las remuneraciones a menudo precarias en el sector de servicios que la campaña había creado generó un efecto beneficioso en los conflictos laborales del sector de los salarios bajos, por ejemplo, en la mencionada huelga del personal de limpieza industrial en 2009 y en varias huelgas del personal de seguridad de los aeropuertos en los años 2013 y 2014.

#### 4.4 TRABAJO, MIGRACIÓN Y POPULISMO DERECHISTA

Las marcadas diferencias sociales que se han perfilado en el mercado de trabajo y en las empresas a lo largo de los últimos quince años, aproximadamente, constituyen también el trasfondo del posicionamiento sindical frente al repentino incremento del número de refugiados en los años 2014 y 2015. Cabe destacar, en primer lugar, que la posición hacia la nueva migración de refugiados asumida por el movimiento sindical alemán se diferenció de los posicionamientos predominantes frente a movimientos migratorios de similares características en el pasado. No hubo rechazo a la migración; muy por el contrario, las declaraciones públicas de la DGB y de los sindicatos industriales destacaron la responsabilidad humanitaria para con personas que huyeron de la guerra y la miseria social (Pries/Shinozaki 2015).

Ante este impulso, el temor a que esas mismas personas se constituyeran en competencia salarial ocupó inicialmente un lugar secundario, a pesar de las advertencias de representantes y asociaciones empresariales que hicieron énfasis en la dimensión laboral de la migración de los refugiados y evocaron explícitamente la experiencia de los llamados trabajadores invitados durante los años de bonanza económica anteriores al cese de las contrataciones en el exterior en 1973 (Scherschel 2016). El reclamo de aprovechar la nueva migración para satisfacer la demanda de trabajadores fue acompañada de la liberalización en gran escala del acceso al mercado laboral para migrantes procedentes de terceros países («países de origen seguros»): En 2016 el conjunto de iniciativas legislativas conocido como «Ley de integración» suprimió algunos obstáculos como (de forma provisoria) la verificación de prioridad por las agencias de trabajo y la prohibición del trabajo temporal. Paralelamente, los permisos de residencia se vincularon con la obligación de trabajar, y la firma de un contrato de formación profesional se convirtió en un criterio para conceder la autorización excepcional de estancia. (El régimen 3+2, Birke et al. 2017).

El carácter ambivalente de las medidas que, por un lado, ofrecieron posibilidades de estadía y participación a los nuevos inmigrantes, por lo menos en teoría, mientras por el otro, sometieron a los nuevos trabajadores a una fuerte obligación de trabajar, al vincular la aceptación de las malas condiciones de trabajo con los derechos individuales de permanencia, estuvo generalmente ausente de los debates sindicales (Müller / Schmidt 2016). Esto puede estar relacionado con los esfuerzos ampliamente difundidos

por integrar refugiados a varias empresas grandes, pero también con los acuerdos parciales sobre medidas de cualificación inicial a los que las partes que intervienen en el mercado de trabajo llegaron. Sin embargo, en términos cuantitativos el porcentaje de refugiados que se beneficiaron de esas medidas es mínimo y, en el mejor de los casos, cumple un rol «simbólico». Según una investigación del Instituto de Estudios Laborales y Profesionales, la abrumadora mayoría de los migrantes procedentes de países que no forman parte de la UE trabajan en sectores como la gastronomía, el cuidado de personas mayores, la limpieza, la venta por correo o la industria alimenticia, es decir, sectores en los que donde prevalecen los salarios bajos y las condiciones laborales física y psíquicamente desgastantes (DGB 2017, 4). En este sentido, la integración de los refugiados al trabajo en las empresas se desarrolla de forma análoga a las tendencias correspondientes en los grupos comprendidos por la libre circulación de trabajadores de la UE (Carstensen et al. 2018).

Se trata justamente de sectores en los que la cogestión empresarial y las actividades sindicales cuentan con un arraigo relativamente bajo. Por lo tanto, resulta muy estrecho el margen de acción para poner en práctica la idea que algunos investigadores habían propuesto de otorgarles un papel central a los sindicatos no solo a nivel del apoyo discursivo a la política humanitaria para con los refugiados, sino también —supuestamente en analogía con las experiencias hechas en la década de 1970 en las grandes empresas industriales— en la implementación práctica de la participación en las empresas (sobre esta perspectiva, cfr. Müller/Schmidt 2016). En vista de los enormes obstáculos estructurales que los sindicatos enfrentan en el área de los servicios precarios y, por consiguiente, la presencia apenas puntual en las empresas de esos sectores, la organización sindical de los nuevos migrantes constituye una perspectiva extremadamente difícil de lograr (Birke et al. 2017). Por esta razón, las iniciativas sindicales en esta área se concentran en el establecimiento y apoyo de centros de asesoramiento que cuentan con financiamiento estatal, como por ejemplo el proyecto de movilidad justa, Faire Mobilität (referido a la migración interna de la UE), y de integración justa, Faire Integration (relativo a la migración a la UE desde terceros países). Difícilmente se podrá sobrevalorar la importancia de los servicios de asesoramiento en cuestiones de derecho social y laboral para los afectados que esas iniciativas prestan, porque un porcentaje importante de las y los inmigrantes recién llegados padecen cargas laborales extremas con horarios ilegales y/o remuneraciones por debajo del salario mínimo.

Por otra parte, el desarrollo de mercados laborales herméticos y segregados a nivel de las empresas resulta en que la competencia entre trabajadores alemanes y extranjeros, en que la derecha política de Alemania ha insistido tantas veces, se concentre en los hechos en pocos sectores y sea una rara excepción. Desde esta perspectiva, la tendencia ya mencionada hacia el «voto de protesta» de algunos grupos de trabajadores requiere de una explicación. Ya se dispone de algunos estudios exhaustivos sobre el tema que incluyen referencias al nivel micro de las empresas. En uno de ellos, Dieter Sauer y otros entrevistaron a más de 100 sindicalistas y militantes a nivel de empresa y les preguntaron las razones que llevan a la propagación de orientaciones hacia la derecha populista en el contexto de las empresas (Sauer et al. 2018). Los autores observan, entre otras cosas, la supresión parcial del tabú de emitir opiniones derechistas, la radicalización del racismo cotidiano y el recurso a interpretaciones étnicas de los conflictos en el seno del personal.

En la opinión de los autores, las causas estructurales de la propagación del racismo en el mundo del trabajo se encuentran en la sensación de incertidumbre del personal de cara a la amenaza de perder el empleo, las crecientes presiones del tiempo y del rendimiento y otras tendencias poco presentes en el debate público, que finalmente se transforman en «furia sin destinatario». El sociólogo del trabajo Klaus Dörre sigue un patrón explicativo similar al establecer una relación directa entre el aumento de las atribuciones racistas en la vida cotidiana de la empresa y la ausencia de representación sindical; las atribuciones se generarían precisamente donde el descontento y los conflictos sociales no sean procesados por la institucionalidad eficaz de los comités de empresa y la co-gestión (Dörre 2017).

Esas tesis llaman la atención, porque destacan tanto la importancia de los espacios de acción colectiva en las empresas como los éxitos sindicales en la defensa contra el racismo. En cambio, es discutible hasta qué punto el racismo puede ser atribuido a la condición social individual, porque en definitiva se trata de un fenómeno social de difusión general.

El auge de la derecha implica un doble desafío para los sindicatos, más allá de las causalidades que se describan. En primer lugar, dado el alto porcentaje de afiliados sindicales y categorías específicas de trabajadores en el electorado de la AfD, es de suponer que los efectos y la capacidad de convicción de las posiciones antirracistas asumidas por los sindicatos en público son limitados. En segundo lugar, los sindicatos deben encarar la tarea de evitar que las posiciones derechistas y abiertamente

racistas se arraiguen en los órganos representativos de las empresas. Movimientos en este sentido se observaron por última vez en las elecciones a los comités de empresa de la primavera [boreal] de 2018. En esa ocasión los candidatos de las listas afines a la AfD reunieron casi el 20 por ciento de los votos y ganaron varios escaños en algunas empresas metalúrgicas. Sin embargo, no se constató un avance aluvional de las listas de la derecha, a menudo camufladas como independientes o alternativas (Dohmen 2018); en realidad, la IG Metall aumentó su caudal de votos en la mayoría de los casos. Pero esto no significa que se pueda desactivar la alarma.

En resumen, sigue en pie el desafío de asegurar que la solidaridad con los (nuevos) migrantes y el rechazo al racismo echen raíces en las empresas. Para lograrlo no alcanzará con trabajar la imagen y realizar acciones que susciten la atención pública. En el futuro seguirá siendo importante que se resalte el interés compartido de rechazar las condiciones laborales y de vida precarias, de tomar en serio a los nuevos trabajadores y de facilitar su participación en las organizaciones en las empresas y los sindicatos, incluso en las listas sindicales para las elecciones.

## **BIBLIOGRAFIA**

Ahlers, Elke (2018): Die Digitalisierung der Arbeit – Verbreitung und Einschätzung aus Sicht der Betriebsräte, WSI-Report, núm. 40; disponible online en: [https://www.boeckler.de/pdf/p\\_wsi\\_report\\_40\\_2018.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_report_40_2018.pdf).

Artus, Ingrid / Birke, Peter / Kerber-Clasen, Stefan / Menz, Wolfgang (comps.) (2017): Sorge-Kämpfe. Auseinandersetzungen um Arbeit in sozialen Dienstleistungen, Hamburgo.

Baldauf, Sabine / Wilke, Peter (2017): Arbeit im Krankenhaus von Morgen gestalten – wie verändern Digitalisierung und neue Technologien die Arbeit im Krankenhaus. Präsentation auf dem Krankenhaus-tag 2017; disponible online en: [https://gesundheit-soziales.verdi.de/++file++5a841ac156c12f4e8e264e40/download/wmp%20consult%20ver.di%20KH%20Tagung%20Berlin%2016\\_11\\_2017.pdf](https://gesundheit-soziales.verdi.de/++file++5a841ac156c12f4e8e264e40/download/wmp%20consult%20ver.di%20KH%20Tagung%20Berlin%2016_11_2017.pdf).

Behrens, Martin / Dribbusch, Heiner (2018): Employer Resistance to Works Councils: Evidence from Surveys amongst Trade Unions, en German Politics, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09644008.2018.1543410>.

Benner, Christiane (2018): Impulsreferat. Die Transformation gestalten – Wie richten



wir die IG Metall darauf aus? Bonn, 31 de octubre de 2018.

Birke, Peter (2010): Die große Wut und die kleinen Schritte, Gewerkschaftliches Organizing zwischen Protest und Projekt, Hamburgo / Berlín: Assoziation A.

Birke, Peter (2011): Widersprüche des Korporatismus, Gewerkschaften und aktuelle Arbeitskämpfe in Deutschland, ZÖSS discussion paper, Universidad de Hamburgo; disponible online en: [http://www.wiso.uni-ham-burg.de/fileadmin/sozialoekonomie/zoess/DP\\_25\\_Birke.pdf](http://www.wiso.uni-ham-burg.de/fileadmin/sozialoekonomie/zoess/DP_25_Birke.pdf).

Birke, Peter (2017): Schwierige Solidarität. Eltern., Erzieher\_innen und Kinder im Streik 2015, en Artus, Ingrid et al.; Birke, P.; Kerber-Clasen, S.; Menz, W. (comps.): Sorge-Kämpfe. Auseinandersetzungen um Arbeit in sozialen Dienstleistungen, Hamburgo, pp. 90–115.

Birke, Peter / Bluhm, Felix / Mayer-Ahuja, Nicole (2017): Arbeit als Black Box. Migration zwischen Prekarisierung und betrieblichem Konflikt, en Altenried, Moritz et al. (comps.): Logistische Grenzlandschaften. Das Regime mobiler Arbeit nach dem Sommer der Migration, Münster: Unrast, pp. 115–142.

Birke, Peter / Dribbusch, Heiner (2013): Bewegtes “Wirtschaftswunder”, en TECHNOSEUM Landesmuseum für Technik und Arbeit in Mannheim (comps.): Durch Nacht zum Licht? Geschichte der Arbeiterbewegung 1863–2013, Mannheim.

Bispinck, Reinhard (2008): Das deutsche Tarifmodell im Umbruch, en Wirtschaftsdienst, tomo 88 (1), pp. 7–11.

Bispinck, Reinhard (2018): Pressedienst: WSI-Niedriglohn-Monitoring 2018; disponible online en: [https://www.boeckler.de/pdf/pm\\_ta\\_2017\\_03\\_27.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/pm_ta_2017_03_27.pdf).

Bispinck, Reinhard / Dribbusch, Heiner (2008): Tarifkonkurrenz der Gewerkschaften zwischen Überund Unterbietung, en *Sozialer Fortschritt*, tomo 57 (6), pp. 153–163.

Bispinck, Reinhard / Schulten, Thorsten (2003): Verbetrieblichung der Tarifpolitik? Aktuelle Tendenzen und Einschätzungen aus Sicht von Betriebsund Personalräten, en WSI-Mitteilungen, tomo 56 (1), pp. 157–166.

Boewe, Jörn / Schulten, Johannes (2015): Der lange Kampf der Amazon-Beschäftigten. Labor des Widerstands: Gewerkschaftliche Organisation beim Weltmarktführer des Onlinehandels. Berlin; disponible online en: <https://www.igmetall.de/medien/2015/07/20150701-Amazon-IG-Metall-berlin>.

[rosalux.de/publication/41916/der-lange-kampf-der-amazon-beschaeftigen.html](https://rosalux.de/publication/41916/der-lange-kampf-der-amazon-beschaeftigen.html).

Bormann, Sarah / Pongratz, Hans (2018): Arbeitsbelastungen bei Online-Arbeit. zur sozialräumlichen Dimension von Crowdwork, en Gute Arbeit 2018, pp. 300–312

Bremme, Peter / Fürniß, Ulrike / Meinecke, Ulrich (comps.) (2007): Never work alone. Organizing – ein Zukunftsmodell für Gewerkschaften. Hamburgo.

Bundesverfassungsgericht (2018): Streikverbot für Beamte verfassungsgemäß. Pressemitteilung núm. 46/2018 del 12 de junio (también en inglés).

Carstensen, Lisa / Heimeshoff, Lisa-Marie / Riedner, Lisa (2018): Der zwang zur Arbeit. Verwertungslogiken in den umkämpften Regimen der Anwerbe, Flucht und EU-Migration, en Sozial.Geschichte Online 23, pp. 235–269.

Der Paritätische Gesamtverband (2017): Menschenwürde ist Menschenrecht. Bericht zur Armutsentwicklung in Deutschland 2017, Berlín.

Destatis (2016): Verdienste und Arbeitskosten. Tarifbindung in Deutschland 2014, Wiesbaden.

Destatis (2018): Berufliche Bildung 2017, Fachserie 11, Reihe 3, Wiesbaden; disponible online en: <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/BildungForschungKultur/BeruflicheBildung/BeruflicheBildung2110300177005.xlsx?blob=publicationFile>.

DGB (2017): Arbeitsmarkt aktuell, Berlin, núm. 4/2017.

DGB-Index Gute Arbeit (2017): Verbreitung, Folgen und Gestaltungsaspekte der Digitalisierung in der Arbeitswelt. Berlín: DGB, disponible online en: <https://index-gute-arbeit.dgb.de/++co++15db6694-b962-11e7-8463-52540088cada>.

Diebes, Jan (2018): 40 Prozent der Solo-Selbstständigen bleiben unter Mindestlohn, en RP-Online, 20 de noviembre, disponible online en: [https://rp-online.de/politik/deutschland/40-prozent-der-selbststaendigen-bleiben-mit-gehalt-unter-dem-mindestlohn\\_aid-34581617](https://rp-online.de/politik/deutschland/40-prozent-der-selbststaendigen-bleiben-mit-gehalt-unter-dem-mindestlohn_aid-34581617).

Dilcher, Oliver (2011): Handbuch bedingungsgebundene Tarifarbeit, Berlín: ver.di; disponible online en: <https://gesundheit-soziales.verdi.de/++file++588a5df824ac062de5645107/download/ver.di-Handbuch-Tarifarbeit.pdf>.

Dohmen, Caspar (2018): Der Rechtsruck blieb aus, das Problem bleibt, en Deutschlandfunk Kultur, Zeitfragen 29. mayo de 2018; disponible on-

line en: [https://www.deutschlandfunkkultur.de/gewerkschaften-nach-den-betriebsratswahlen-der-rechtsruck.976.de.html?dram:article\\_id=419045](https://www.deutschlandfunkkultur.de/gewerkschaften-nach-den-betriebsratswahlen-der-rechtsruck.976.de.html?dram:article_id=419045).

Dörre, Klaus (2017): Gewerkschaften und Rechtspopulismus – gibt es einen zusammenhang?, en Fundación Friedrich Ebert (comp.): Rechte Orientierungen bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, Bonn, pp. 24–34.

Dribbusch, Heiner (2003): Gewerkschaftliche Mitgliedergewinnung im Dienstleistungssektor. Ein Drei-Länder-Vergleich im Einzelhandel. Berlín: edition sigma.

Dribbusch, Heiner (2011): Organisieren am Konflikt: zum Verhältnis von Streik und Mitgliederentwicklung, en Haipeter, Th./Dörre, K. (comps.): Gewerkschaftliche Modernisierung, Wiesbaden: editorial VS, pp. 231–263.

Dribbusch, Heiner (2012): Sozialpartnerschaft und Konflikt: Gewerkschaftliche Krisenpolitik am Beispiel der deutschen Automobilindustrie, en Zeitschrift für Politik, 2/2012, pp. 123–143.

Dribbusch, Heiner (2013): Nachhaltig erneuern. Aufbau gewerkschaftlicher Interessenvertretung im Windanlagenbau, en Wetzel, Detlef (comp.): Organizing. Die Veränderung der gewerkschaftlichen Praxis durch das Prinzip Beteiligung, Hamburgo: VSA, pp. 92–118.

Dribbusch, Heiner (2016): Organizing through conflict: exploring the relationship between strikes and union membership in Germany, en Transfer: European Review of Labour and Research, tomo 22 (3), pp. 347–365.

Dribbusch, Heiner (2017): Arbeitskämpfe in schwierigen zeiten – zur Streikentwicklung im Dienstleistungssektor, en Artus, Ingrid et al. (comps.): Sorkämpfe. Auseinandersetzungen um Arbeit in sozialen Dienstleistungen, Hamburgo, pp. 301–331.

Dribbusch, Heiner (2018): Arbeitskampfbilanz 2017. Deutlicher Rückgang der Ausfalltage trotz anhaltend vieler Konflikte. Policy Brief WSI, núm. 22; disponible online en: [https://www.boeckler.de/pdf/p\\_wsi\\_pb\\_22\\_2018.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_pb_22_2018.pdf).

Dribbusch, Heiner / Birke, Peter (2012): Die Gewerkschaften in der Bundesrepublik Deutschland. Organisation, Rahmenbedingungen, Herausforderungen, FES-Arbeitspapier; disponible online en: <http://library.fes.de/pdf-files/id->

moe/08986.pdf.

Dribbusch, Heiner / Birke, Peter (2014): Die DGB-Gewerkschaften seit der Krise. Entwicklungen, Herausforderungen, Strategien, FES- Arbeitspapier; disponible online en: <http://library.fes.de/pdf-files/idmoe/10716-22042015.pdf>.

Dribbusch, Heiner / Lehdorff, Steffen / Schulten, Thorsten (2018): Two worlds of unionism? German manufacturing and service unions since the Great Recession, en Lehdorff, Steffen / Dribbusch, Heiner / Schulten, Thorsten (comps.): Rough waters European trade unions in a time of crises, Bruselas: ETUI, pp. 209–233; disponible online en: <https://www.etui.org/Publications2/Books/Rough-waters-European-trade-unions-in-a-time-of-crises>.

Einblick (2018): Koalitionsvertrag: Stärken und Schwächen, *en einblick*. Gewerkschaftlicher Info-Service, núm. 3, marzo de 2018, p. 1.

Ellguth, Peter / Kohaut, Susanne (2018): Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung: Aktuelle Ergebnisse aus dem IAB Betriebspanel 2017, en WSI-Mitteilungen, tomo 71 (4), pp. 299–306.

Europäische Kommission (2018): European Economic Forecast – Spring 2018, European Economy Institutional Paper núm. 77, Luxemburgo; disponible online en: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/ip077\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/ip077_en.pdf).

Eurostat (2016): Jeder sechste Arbeitnehmer in der Europäischen Union ist Niedriglohnempfänger. Comunicado de prensa 246/2016, 8 de diciembre de 2016; disponible online en: <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7762332/3-08122016-AP-DE.pdf/f6abdc1-ec9c-46ef-ae73-822cb905b04d>.

Eurostat (2018): Arbeitslosenquote im Euroraum bei 8,3 %. Comunicado de prensa 125/2018, 31 de julio de 2018; <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/9105179/3-31072018-AP-DE/c6a5bd-fb-80bc-4780-b50d-16bb2028eb59>.

EVG (2017): EVG-Wahlmodell ein Erfolg: 56% entscheiden sich für mehr Urlaub – 3.000 Neueinstellungen erforderlich. EVG, 9 de julio de 2017; <https://www.evg-online.org/meldungen/details/news/evg-wahlmodell-ein-erfolg-56-entscheiden-sich-fuer-mehr-urlaub-3000-neueinstellungen-erforderli/>.

Frerichs, Melanie / Steinberger, Viktor (2018): Smart Food Factory. Ausprägungen von Industrie 4.0 in der Nahrungsmittelindustrie und Implikationen für die betriebliche

Interessenvertretung, en WSI-Mitteilungen, tomo 71 (3), pp. 241–246.

Frese, Anton (2018): Schwaches Wahlergebnis: Sympathie für die Große Koalition schwächt den DGB-Chef, en Tagesspiegel, 14 de mayo de 2018; <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/schwaches-wahlergebnis-sympathie-fuer-die-grosse-koalition-schwaecht-den-dgb-chef/22130670.html>.

Fütterer, Michael / Rhein, Markus (2015): Erneuerung geht von unten aus. Neue gewerkschaftliche Organisationsansätze im Einzelhandel. Das Beispiel H&M. Berlín; [https://www.rosalux.de/fileadmin/rls\\_uploads/pdfs/Analysen/Analysen21\\_H\\_M.pdf](https://www.rosalux.de/fileadmin/rls_uploads/pdfs/Analysen/Analysen21_H_M.pdf).

Grabka, Markus M. / Westermeier, Christian (2014): Anhaltend hohe Vermögensungleichheit in Deutschland, DIW-Wochenbericht 9/2014.

Greef, Samuel / Schroeder, Wolfgang (2017): Plattformökonomie und Crowdworking: Eine Analyse der Strategien und Positionen zentraler Akteure. Berlín: Ministerio Federal de Trabajo y Asuntos Sociales (BMAS); <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/Forschungsberichte/fb500-plattformoekonomie-und-crowdworking.pdf;jsessionid=69069180A3A37DF7B07D15663CC8F973?blob=publicationFile&v=1>.

Greifenstein, Ralph / Kißler, Leo / Lange, Hendrik (2017): Trendreport Betriebsrätewahlen 2014, Düsseldorf: Fundación Hans Böckler; [https://www.boeckler.de/pdf/p\\_study\\_hbs\\_350.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/p_study_hbs_350.pdf).

Haake, Gunter (2017): Trade unions, digitalisation and the self-employed – inclusion or exclusion?, en Transfer: European Review of Labour and Research, tomo 23 (1), pp. 63–66.

Haipeter, Thomas (2012): Sozialpartnerschaft in und nach der Krise. Entwicklungen und Perspektiven, en Industrielle Beziehungen, tomo 19 (4), pp. 387–411.

Haipeter, Thomas / Korflür, Ingo / Schilling, Gabi (2018): Neue Koordinaten für eine proaktive Betriebspolitik. Erfahrungen aus dem Gewerkschaftsprojekt “Arbeit 2020 in NRW”, en WSI-Mitteilungen, tomo 71 (3), pp. 219–226.

Hans-Böckler-Stiftung (2015): Die Mitbestimmung. Revista de la Fundación Hans Böckler. Tomo sobre política de personal y gestión, Düsseldorf, núm. 8.

Hans-Böckler-Stiftung Pressedienst (2018): “55 Prozent aller Beschäftigten in Deutschland bekommen Weihnachtsgeld”, Comunicado de prensa núm. 13. Noviembre de 2018; [https://www.boeckler.de/pdf/pm\\_ta\\_2018\\_11\\_13.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/pm_ta_2018_11_13.pdf).

Hassel, Anke / Schröder, Wolfgang (2018): Gewerkschaftliche Mit- gliederpolitik: Schlüssel für eine starke Sozialpartnerschaft, en WSI-Mit- teilungen, tomo 71 (6), pp. 485–496.

Hedemann, Ulla / Worm, Lukas / Artus, Ingrid (2017): “Mehr für uns ist besser für alle”. Documentación de un evento sobre la huelga de enfermería en el hospital Charité, en Artus, Ingrid et al. (comps.): Sorge-Kämpfe. Auseinandersetzungen um Arbeit in sozialen Dienstleistungen, Hamburgo, pp. 116–129.

Helfen, Markus / Nicklich, Manuel / Sydow, Jörg (2016): Interorga- nisationale Netzwerke und tarifpolitische Fragmentierung: Hebt Mehr- Arbeitgeber-Beschäftigung die Tarifeinheit aus den Angeln? en Industrielle Beziehungen 23 (3), pp. 280–308.

Helfen, Markus / Sydow, Jörg (2015): Mehr-Arbeitgeber-Beziehungen in der deutschen Automobilindustrie: Arbeitspolitische Herausforderungen für Management und Arbeitnehmervertretung, en Romahn, Hajo / Reh- feld, Dieter (comps.): Lebenslagen – Beiträge zur Gesellschaftspolitik, Mar- burgo, pp. 363–384.

Hoffmann, Reiner (2018): Gewerkschaftspolitische Herausforderungen aus der Perspektive des DGB, en WSI-Mitteilungen, 71 (6), pp. 513–517.

Hofmann, Jörg (2018): Statement. Transformationskongress der IG Metall, Bonn, 30 de octubre de 2018.

Hofmann, Jörg / Smolenski, Tanja (2018): Neuer Kapitalismus? Unsere Antwort: konfliktfähige Gewerkschaften und Sozialstaat 4.0, en WSI-Mitteilungen 71 (6), pp. 518–521.

Hohendammer, Christian (2018): Reform der befristeten Beschäftigung im Koalitionsvertrag. Reichweite, Risiken und Alternativen. Informes abre- viados del IAB, núm. 16/2018, Nuremberg.

Holst, Hajo (2011): Im Schatten des Marktes. Arbeit und Arbeitsbeziehungen in Callcentern, Fráncfort del Meno.

Holtgrewe, Ursula (2006): Call Centres in Germany – Preliminary Findings from the Global Call Centre Project Germany, Duisburgo.

IAB (2015): Industrie 4.0 und die Folgen für Arbeitsmarkt und Wirtschaft. Informes de la actualidad del IAB, núm. 16/2015; [http://doku.iab.de/aktuell/2015/aktueller\\_bericht\\_1516.pdf](http://doku.iab.de/aktuell/2015/aktueller_bericht_1516.pdf).

IG Metall (2018a): Digitale Transformation im Maschinen und Anlagenbau, Fráncfort del Meno: IG Metall, Septiembre de 2018; [https://www.igmetall.de/docs\\_2018\\_9\\_27\\_Broschure\\_62e40754d2420df7eb6a768fc4705f5df6e8ed88.pdf](https://www.igmetall.de/docs_2018_9_27_Broschure_62e40754d2420df7eb6a768fc4705f5df6e8ed88.pdf).

IG Metall (2018b): Presseinformation zu den Ergebnissen der Betriebsráte-Befragung 2018 zu Leiharbeit und Industrienahen Dienstleistungen (InDI)/Werkverträgen, Fráncfort del Meno: IG Metall, octubre de 2018; <https://www.igmetall.de/36-2018-30021.htm>.

IG Metall Baden-Württemberg (2017): Aufrecht gehen. Wie Beschäftigte durch Organizing zu ihrem Recht kommen. Hamburg: VSA

Iwer, Frank (2018): Ökologischer Umbau der Automobilindustrie – die neue Herausforderung, en Gute Arbeit, edición 2018, pp. 85–103.

Jürgens, Kerstin / Hoffmann, Reiner / Schildmann, Christina (2017): Arbeit transformieren! Denkanstöße der Kommission »Arbeit der Zukunft, Bielefeld: transcript; [https://www.boeckler.de/pdf/p\\_forschung\\_hbs\\_189.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/p_forschung_hbs_189.pdf).

Kalina, Thorsten / Weinkopf, Claudia (2017): Niedriglohnbeschäftigung 2015 – bislang kein Rückgang im Zuge der Mindestlohneinführung. Duisburgo: IAQ.

Kern, Peter (2018): Alternativen statt Patrioten, en Sozialismus, núm. 5, pp. 22–26.

Koscis, Andrea / Sterkel, Gabriele / Wiedemuth, Jörg (Hrsg.) (2013): Organisieren am Konflikt. Tarifaueinandersetzungen und Mitgliederentwicklung im Dienstleistungssektor. Hamburg.

Krugman Paul (2009): Free to lose, en The New York Times, 13 de noviembre de 2009; <http://www.nytimes.com/2009/11/13/opinion/13krugman.html>.

Kutlu, Yalcin (2013): Partizipative Streikführung: Der Erzieherinnenstreik, en Schmalz, Stefan / Dörre, Klaus (comps.): Comeback der Gewerkschaften? Machtressourcen, innovative Praktiken, internationale Perspektiven. Fráncfort del Meno / Nueva York, pp. 226–241.

Kutlu, Yalcin (2015): Kampf um Anerkennung. Die Sozial- und Erziehungsdienste im Streik, en Z. Zeitschrift für marxistische Erneuerung, 26 (103), pp. 126–140.

Lehndorff, Steffen / Dribbusch, Heiner / Schulten, Thorsten (comps.) (2018): Rough waters European trade unions in a time of crises, Bruselas: ETUI; disponible online en: <https://www.etui.org/Publications2/Books/Rough-waters-European-trade-unions-in-a-time-of-crises>.

Lesch, Hagen (2016): Die Dienstleistungsgewerkschaft ver.di. Tarifpolitische Entwicklungen und Herausforderungen, en IW Trends 4/2016.

Lübker, Malte / Schulten, Thorsten (2018): WSI-Mindestlohnbericht 2018; [https://www.boeckler.de/pdf/p\\_wsi\\_re-port\\_39\\_2018.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_re-port_39_2018.pdf).

Martens, Helmut (2007): Primäre Arbeitspolitik und neue Gewerkschaft? Der Ärztestreik im Frühjahr und Sommer 2006, en Jahrbuch für Kritische Medizin, tomo 44, pp. 120–137.

Maschke, Manuela / Mierich, Sandra / Werner, Nils (2018): ARBEITEN 4.0. Diskurs und Praxis in Betriebsvereinbarungen – Teil II, Dusseldorf: Fundación Hans Böckler; [https://www.boeckler.de/pdf/p\\_mbf\\_report\\_2018\\_41.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/p_mbf_report_2018_41.pdf).

Massa-Wirth, Heiko (2007): Zugeständnisse für Arbeitsplätze? Konzessionäre Beschäftigungsvereinbarungen im Vergleich Deutschland – USA. Berlín: edition sigma.

Massa-Wirth, Heiko / Seifert, Hartmut (2005): German Pacts for Employment and Competitiveness. Concessionary Bargaining as a Reaction to Globalisation and European Integration?, en Transfer: European Review of Labour and Research, tomo 11 (1), pp. 26–44.

Matuschek, Ingo / Kleemann, Frank (2018): Was man nicht kennt, kann man nicht verändern. Betriebsvereinbarungen als Instrument der arbeitspolitischen Regulierung von Industrie 4.0 und Digitalisierung, en WSI-Mitteilungen, tomo 71 (3), pp. 227–234.

Mühge, Gernot (2018): Digitale Transformation gestalten. Beispiele guter Praxis. Fráncfort del Meno: IG Metall.

Müller, Andrea / Schmidt, Werner (2016): Fluchtmigration und Arbeitswelt. Maßnahmen zur Integration von Flüchtlingen in großen Unternehmen, Documento de Trabajo del HBS 339/2016.

Müller, Peter / Wassermann, Andreas (2015): Jüngstes Gericht, en *Der Spiegel* 17/2015; <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-134097138.html>.



Pries, Ludger / Shinozaki, Kyoko (2015): Neue Migrationsdynamiken und Folgerungen für die gewerkschaftliche Politik, en WSI-Mitteilungen, edición temática sobre migración, mercado de trabajo y seguridad social, núm. 5, pp. 374–382.

Rossmann, Witich (2017): FAQ zum Thema 48 Monate Befristung – neuer TV Leiharbeiter der IG Metall;  
<http://koeln-bonn.dgb.de/themen/+++co++eb9916a6-2672-11e7-8a6f-525400e5a74a>

Sauer, Dieter / Stöger, Ursula / Bischoff, Joachim / Detje, Richard / Müller, Bernhard (2018): Rechtspopulismus und Gewerkschaften. Eine arbeitsweltliche Spurensuche, Hamburg: VSA.

Scherschel, Karin (2016): Citizenship by work? Arbeitsmarktpolitik im Flüchtlingsschutz zwischen Öffnung und Selektion, en *PROKLA*, 183, 46, pp. 245–265.

Schroeder, Wolfgang / Weßels, Bernhard (comps.) (2003): Die Gewerkschaften in Politik und Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland. Coblenza: editorial Westdeutscher Verlag.

Schroeder, Wolfgang / Fuchs, Stefan / Heller, Lukas (colab.) (2019): Neue Mitglieder für die Gewerkschaften. Mitgliederpolitik als neues Politikfeld der IG Metall. Fráncfort del Meno: Fundación Otto Brenner: disponible online en: [https://www.otto-brenner-stiftung.de/fileadmin/user\\_data/stiftung/02\\_Wissenschaftsport al/03\\_Publikationen/AH97\\_Ge-werkschaften\\_Mitgliederpolitik.PDF](https://www.otto-brenner-stiftung.de/fileadmin/user_data/stiftung/02_Wissenschaftsport al/03_Publikationen/AH97_Ge-werkschaften_Mitgliederpolitik.PDF).

Schulten, Thorsten / WSI-Tarifarchiv (2018): Tarifpolitischer Halbjahresbericht 2018, Düsseldorf: Fundación Hans Böckler; [https://www.boeckler.de/pdf/p\\_ta\\_hjb\\_2018.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/p_ta_hjb_2018.pdf).

Schumacher, Harald / Duhm, Ulrike (2016): Der große Streit um Leiharbeiter und Werkverträge, en *Wirtschaftswoche*, 2 de marzo de 2016; <https://www.wiwo.de/unternehmen/auto/arbeitsmarkt-der-grosse-streit-um-leiharbeiter-und-werkvertraege/13013458.html>.

Seppelt, Jana (2014): Demokratisierung als Schlüssel für den Aufbau von Organisationsmacht: Erfahrungen des ver.di Bezirks Stuttgart. en WSI-Mitteilungen 67 (5), pp. 402–405.

Spannagel, Dorothee (2018): Dauerhafte Armut und verfestigter Reichtum.

WSI-Verteilungsbericht 2018, Dusseldorf: Fundación Hans Böckler; [https://www.boeckler.de/pdf/p\\_wsi\\_report\\_43\\_2018.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_report_43_2018.pdf).

Urban, Hans-Jürgen (2018): Ökologie der Arbeit. Ein offenes Feld gewerkschaftlicher Politik?, en *Gute Arbeit*, 2018, pp. 329–349.

ver.di (2015): *Gute Arbeit und Gute Dienstleistungen in der digitalen Welt*, Antrag E001 Gewerkschaftsrat; <https://www.verdi.de/++fi->

[le++594a7ce4f1b4cd58bd9648a0/download/E001\\_2015\\_Gute\\_Arbeit\\_und\\_Gute\\_Dienstleistungen\\_in\\_der\\_digitalen\\_Welt\\_final.pdf](https://www.verdi.de/++fi-le++594a7ce4f1b4cd58bd9648a0/download/E001_2015_Gute_Arbeit_und_Gute_Dienstleistungen_in_der_digitalen_Welt_final.pdf).

ver.di Bundeskongress (2015): 4. ver.di Bundeskongress, Leipzig, 2015: Tagesprotokoll 22. September.

ver.di NRW (ed.) (2014): *Auch unsere Löhne sollen abheben. Bilanz des Arbeitskampfs im Wach und Sicherheitsgewerbe in Nordrhein-Westfalen und Hamburg 2013*. Dusseldorf.

Waddington, Jeremy (2014): *Trade union membership retention and workplace representation in Europe*. Bruselas: *ETUI Working Paper* 2014.10.

Wetzel, Detlef (2005): *Tarif aktiv – besser statt billiger*«. Leitprojekte für eine veränderte Praxis, en Detje, Richard / Pickshaus, Klaus / Urban, Hans-Jürgen (comps.): *Arbeitspolitik kontrovers*, Hamburgo: VSA.

Wetzel, Detlef (Hrsg.) (2013): *Organizing. Die Veränderung der gewerkschaftlichen Praxis durch das Prinzip Beteiligung*, Hamburgo: VSA.

Wohland, Ulrich (1998): *Die Schlecker Kampagne*, en *Alternative* 10 (98), 7–9.

# ***PANDEMIA E TELETRABALHO: ALGUMAS QUESTÕES***

## ***PANDEMIC AND TELEWORKING: SOME ISSUES***

Teresa Coelho Moreira<sup>16</sup>

**RESUMO:** O presente artigo trata da vida do trabalhador pós-vírus, principalmente no que se refere ao teletrabalho em domicílio, em Portugal. O estudo salienta o controlo dos trabalhadores por meio da conexão telemática, sobretudo quando é direta e constante, com a utilização de programas informáticos, possibilitando a criação de uma telesubordinação de igual ou até superior intensidade do que o controlo numa relação de trabalho presencial. Mostra, ainda, que com a pandemia, o teletrabalho passou a utilizar o espaço familiar do trabalhador sendo intrusivo e explorador.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pandemia; Teletrabalho; Controle; Conexão telemática.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Teletrabalho. 3. Conclusão. Referências.

**ABSTRACT:** The present article deals with the life of the post-virus worker, mainly with regard to telework at home, in Portugal. The study highlights the control of workers through telematic connection, especially when it is direct and constant, with the use of computer programs, enabling the creation of a telesubordination of equal or even greater intensity than the control in a face-to-face work relationship. It also shows that with the pandemic, telework started to use the worker's family space, being intrusive and exploitative.

**KEYWORDS:** Pandemic; Telework; Control; Telematics Connection.

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. Telework. 3. Conclusion. References.

## **1 INTRODUÇÃO**

O mundo atualmente vive tempos únicos, de grande incerteza atravessando-se períodos bastantes conturbados da história mundial. A pandemia caiu em cima de todos nós com estrondo<sup>17</sup> e o Estado viu-se obrigado a tomar medidas excepcionais, sem

---

Artigo recebido em:24/11/2020

Artigo aprovado em:08/02/2021

<sup>16</sup> Doutora em Direito. Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro integrado do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governança e Coordenadora do Grupo de Investigação em Direitos Humanos do mesmo. Vice-Presidente da Direção da APODIT – Associação Portuguesa de Direito do Trabalho.

<sup>17</sup> Conforme escreve o Papa Francisco na sua Encíclica *Fratelli Tutti*, sobre a Fraternidade e a Amizade Social, de 3 de outubro de 2020, “O mundo avançava implacavelmente para uma economia que, utilizando os progressos tecnológicos, procurava reduzir os ‘custos humanos’; e alguns pretendiam fazer-nos crer que era suficiente a liberdade de mercado para garantir tudo. Mas, o golpe duro e inesperado desta pandemia fora de controlo obrigou, por força, a pensar nos seres humanos, em todos, mais do que nos benefícios de alguns. Hoje podemos reconhecer que ‘alimentamo-nos com sonhos de esplendor e grandeza, e acabamos por comer distração, fechamento e solidão; empanturramo-nos de conexões, e perdemos o gosto da fraternidade. Buscamos o resultado rápido e seguro, e encontramos-nos oprimidos pela impaciência e a ansiedade. Prisioneiros da virtualidade, perdemos o gosto e o sabor da realidade’. A

precedentes.

Assistimos a grandes mudanças a vários níveis que originaram o confinamento, a quarentena, uma distância social, uma mudança de comportamentos e uma enorme contração da atividade económica. Ninguém sabe o dia de amanhã e como a sociedade vai ser no *pós-vírus*, pois este vírus, invisível a olho nu, conseguiu fazer-se mostrar de uma forma sem precedentes. Talvez o mais avisado nesta altura seja não planear, não fazer planos a longo prazo<sup>18</sup>. Contudo, isso não significa que não se tomem medidas para tentar diminuir os efeitos deste vírus, por forma a salvar vidas e empregos pois mais uma vez ficou bem patente a centralidade do trabalho humano na vida das pessoas. O trabalho não significa apenas a principal fonte de rendimento para a maior parte das pessoas no mundo. O trabalho é também, para muitos, uma forma de estar em sociedade e de dignidade e até de identidade, sendo a forma de participação na sociedade para muitos. O trabalho não deve ser visto apenas como uma forma de remuneração económica, mas também como uma forma de estar em sociedade. E a carência de emprego ou a sua existência precária minam as possibilidades de integração, podendo romper-se a coesão social e criarem-se situações de exclusão, fazendo perigar a estabilidade social da sociedade.

E, por isso, o desemprego tem inúmeros custos económicos, sociais, psicológicos que justificam a afirmação de Forrester<sup>19</sup> quando diz que “para lá da exploração do homem há algo pior: a ausência de qualquer exploração”.

Atendendo a esta situação os países tiveram de adotar medidas urgentes para tentar conter a pandemia e Portugal não foi exceção, tendo adotado várias medidas em diversos setores, acentuando-se, desde logo, o trabalho através das tecnologias digitais e o aumento de trabalhadores nas plataformas digitais, sobretudo na vertente de *crowdwork offline* ou *work on demand via apps*. As pessoas que perderam os empregos viram-se quase *obrigadas* a procurar soluções alternativas e aumentou, e muito em

---

tribulação, a incerteza, o medo e a consciência dos próprios limites, que a pandemia despertou, fazem ressoar o apelo a repensar os nossos estilos de vida, as nossas relações, a organização das nossas sociedades e sobretudo o sentido da nossa existência”, defendendo, ainda, p. 44, que “A fragilidade dos sistemas mundiais perante a pandemia evidenciou que nem tudo se resolve com a liberdade de mercado e que, além de reabilitar uma política saudável que não esteja sujeita aos ditames das finanças, ‘devemos voltar a pôr a dignidade humana no centro e sobre este pilar devem ser construídas as estruturas sociais alternativas de que precisamos”.

<sup>18</sup> Como escreve AMADO, “Emergência, calamidade e despedimento: o empoderamento da ACT”, in **RMP**, número especial Covid 19, “**Veremos o que o futuro nos reserva, com a convicção de que, nisto como em tudo, os planos e as previsões de pouco servem**”.

<sup>19</sup> FORRESTER, Viviane. **O Horror Económico**. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: Ed. UNESP, 1997, p.18.

Portugal, as pessoas a trabalharem em plataformas de entregas de comida ou de outro tipo de serviços de entrega via plataformas digitais.

Outra das questões que se colocou com enorme acuidade neste cenário de pandemia foi o teletrabalho na modalidade de teletrabalho no domicílio.

## 2. TELETRABALHO

O teletrabalho encontra-se regulado nos arts. 165.º e ss. do CT entendendo-se por teletrabalho “a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação”.

Este contrato de teletrabalho é um contrato de trabalho especial, tratando-se de um negócio jurídico obrigacional, de direito privado, bilateral ou plurilateral, em regime de subordinação jurídica. Da noção apresentada nota-se como é necessário o requisito da habitualidade da prestação ser realizada fora da empresa, o que significa que não se pode considerar como teletrabalhador aquele que, ocasionalmente, realiza a sua prestação fora da empresa ainda que com uma ligação telemática ou informática.

Por outro lado, pode constatar-se a existência de dois elementos que caracterizam o teletrabalho: o elemento geográfico ou topográfico, pois o trabalho é realizado à distância, e o elemento tecnológico ou instrumental, na medida em que exige o recurso a tecnologias de informação e comunicação.

Uma das primeiras medidas que foi adotada como uma forma de reforçar o isolamento social foi a adoção generalizada do teletrabalho nas atividades que o permitam, na modalidade do teletrabalho no domicílio, o que traz inúmeras questões nomeadamente ao nível da proteção de dados pessoais dos trabalhadores<sup>20</sup>.

O controlo dos trabalhadores nesta forma de prestar trabalho está presente e é muito mais intrusiva por vezes do que noutras modalidades de contrato de trabalho. Na verdade, a conexão telemática, sobretudo quando é direta e constante, com a utilização de programas informáticos, é uma possibilidade de criar uma telesubordinação de igual ou até superior intensidade do que o controlo numa relação de trabalho presencial<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Para os empregadores também se levantam algumas questões, nomeadamente relacionadas com *data breaches* no domicílio dos trabalhadores porque estes não têm ou podem não ter acesso a apoio de IT ou as ligações em casa podem não ser tão seguras. Podem não ter, ainda, o equipamento mais adequado e terem falta de energia, ou falha nos equipamentos ou até nos telemóveis ou nos *headphones*.

<sup>21</sup> Como escreve CÉSAR ARESE, “Historias de la vida privada en teletrabajo”, in RC D 3034/2020, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), p. 1, a propósito do controlo sobre a vida privada do trabalhador “Todos

Ora na pandemia, esta questão do controlo mostrou-se de uma forma mais intensa. Desde logo temos de ter em atenção que em vários casos os trabalhadores viram-se forçados a trabalhar com material próprio<sup>22 23</sup> e onde, para poderem trabalhar remotamente, tiveram de instalar programas ordenados pelo empregador<sup>24</sup>, sem muitas vezes ter sido acompanhada de qualquer cautela para assegurar a privacidade do trabalhador no domicílio. Se a regra geral do caso do teletrabalho é a de que os instrumentos de trabalho são fornecidos pela entidade empregadora, no caso da Covid isso não aconteceu ou, pelo menos, não aconteceu imediatamente. Na verdade, o que se passou foi que a utilização do espaço familiar do trabalhador, o seu domicílio, apareceu

---

sabían o, al menos sospecharon desde hace tiempo, que era indagada, investigada, importunada, publicada, utilizada, acosada e, inclusive, directamente violentada. Los más exagerados, dicen que se encuentra en terapia intensiva, que desapareció o ya murió hace tiempo. Fue quizá una de las primeras víctimas de la pandemia del coronavirus, porque se la puso el desnudo de la manera más impúdica. La señora que lleva por bello primer nombre “*Vida*” y por apellido “*Privada*”, ha perdido su integridad y dignidade”.

<sup>22</sup> Há que notar que algumas questões já se colocavam antes na prática a algumas empresas que utilizavam e até fomentavam a utilização da tecnologia BYOD – *bring your, own devices*, porque visavam ter uma empresa *móvel e eficiente*.

<sup>23</sup> O que coloca a questão sobre a propriedade dos instrumentos de trabalho. De notar que no ordenamento jurídico espanhol, o *Real Decreto-ley 28/2020*, de 22 de setembro, *sobre trabajo a distancia*, estabelece nos artigos 11.º e 12.º que os gastos com os instrumentos de trabalho são custeados pelo empregador. Em Portugal, no art. 168.º do CT, estabelece-se a presunção de que os instrumentos de trabalho são propriedade do empregador e custeados por ele. Mas é uma presunção. Ora, dada a relevância assumida agora com deste tipo de trabalho, cremos que deveria alterar-se a lei neste aspeto e assumir-se claramente que os custos e a propriedade são do empregador, com regras explícitas sobre a matéria.

<sup>24</sup> A título de exemplo, o Decreto Legislativo n.º 9738 da Costa Rica que visa regular o teletrabalho estabelece no que concerne às obrigações por parte dos empregadores que “a) Proveer y garantizar el mantenimiento de los equipos, los programas, el valor de la energía determinado según la forma de mediación posible y acordada entre las partes y los viáticos, en caso de que las labores asignadas lo ameriten. La disposición anterior podrá ser variada en aquellos casos en que **el empleado, por voluntad propia, solicite la posibilidad de realizar teletrabajo con su equipo personal y la persona empleadora acepte, lo cual debe quedar claro en el contrato o adenda y exime de responsabilidad a la persona empleadora sobre el uso del equipo propiedad de la persona teletrabajadora. En estos casos, dado que el equipo informático es propiedad de la persona teletrabajadora, esta deberá permitir a la persona empleadora el libre acceso a la información propiedad del patrono, ya sea durante el desarrollo de la relación laboral, o bien, al momento de finalizar el vínculo contractual. Dicho acceso a la información debe darse en todo momento, en presencia de la persona teletrabajadora, respetando sus derechos de intimidad y dignidade**”. Negrito nosso.

No ordenamento jurídico espanhol, o *Real Decreto-ley 28/2020*, de 22 de setembro, *sobre trabajo a distancia*, estabelece no art. 17.º, n.º 2, com a epígrafe *Derecho a la intimidad y a la protección de datos*, que o empregador não pode exigir aos trabalhadores a instalação de programas informáticos ou aplicações nos computadores pessoais propriedade dos mesmos, nem a utilização dos mesmos durante a prestação da atividade.

Também é muito interessante que neste artigo 17.º, o número 3 consagre que “Las empresas deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos legal y constitucionalmente. En su elaboración deberá participar la representación legal de las personas trabajadoras. Los convenios o acuerdos colectivos podrán especificar los términos dentro de los cuales las personas trabajadoras pueden hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa para el desarrollo del trabajo a distancia, teniendo en cuenta los usos sociales de dichos medios y las particularidades del trabajo a distancia”.

imposto sem qualquer tipo de compensação em inúmeros casos. E várias são as questões que se levantam relacionadas com a enorme possibilidade de controlo por parte do empregador.

Desde logo os empregadores podem, com a utilização desta tecnologia digital, reunir informação sobre os trabalhadores através da observação do que fizeram durante o tempo e no local de trabalho, descobrir os seus interesses e preferências.

A utilização cada vez maior de novas tecnologias de informação e comunicação nos últimos anos tem aumentado exponencialmente refletindo-se no mundo do trabalho e levantando várias questões. Existe, atualmente, uma enorme quantidade de dispositivos eletrónicos, desde, *inter alia*, a videovigilância, que engloba agora todos os sensores num contexto da Internet das Coisas, a audiovigilância, a geolocalização, o controlo das comunicações eletrónicas, o controlo através das redes sociais, das mensagens instantâneas, dos dados biométricos, do reconhecimento facial, da crescente utilização da *Inteligência Artificial*, que permitem monitorizar, virtualmente, todos os aspetos da vida profissional, assim como a vida extraprofissional, e mesmo, por vezes, a vida íntima dos trabalhadores, muitas vezes através do cruzamento deste tipo de informação.

Atualmente há um seguimento total dos trabalhadores porque com a inteligência artificial consegue-se a realização de tarefas de controlo muito mais rapidamente do que os humanos e, com a ajuda dos algoritmos, criam-se padrões de comportamento e perfis, através do número de teclas digitadas, das redes sociais, dos telefonemas feitos, dos locais visitados fora do local do trabalho através do GPS, e muito mais formas de controlo. No trabalho na era digital há um controlo das próprias plataformas sobre os trabalhadores através de sistemas que permitem controlar imensos dados.

A tecnologia digital permite, graças à sua capacidade praticamente ilimitada de captar, armazenar, relacionar e transmitir todo o tipo de dados, reunir, de forma personalizada a partir de vários tipos de informação, múltiplas facetas da vida dos trabalhadores e conhecer, de algum modo, a própria forma de pensar dos trabalhadores, efetuando conclusões de natureza preditiva sobre o próprio futuro da relação laboral.

Não pode esquecer-se que, com o advento destas inovações tecnológicas, é fundamental que os trabalhadores possam usufruir dos mesmos direitos que tinham anteriormente.

A medida de controlo do empregador que tenha a finalidade de controlar o desempenho profissional dos trabalhadores, que supõe um tratamento de dados

personais, não pode ser considerada uma finalidade legítima quer à luz do art. 20.º do CT, quer à luz do art. 5.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais, porque não constitui uma medida necessária para a execução do contrato, e porque supõe um controlo e uma vigilância totalizadora que limita a liberdade da pessoa e anula o seu âmbito de privacidade no local de trabalho.

Defende-se, assim, que o que o legislador pretendeu evitar foi a possível utilização destes sistemas para uma finalidade diversa da “proteção de pessoas e bens”, isto é, para controlar o desempenho dos trabalhadores. Parece-nos que subsiste no trabalhador um verdadeiro e próprio direito a não ser controlado à distância, mesmo que este ocorra acidentalmente por força da aplicação da possibilidade prevista no art. 20.º, n.º 2, do CT.

Entende-se, desta forma, que a eventual justificação da instalação de sistemas que possibilitam, ainda que acidentalmente, certas formas de controlo dos trabalhadores não podem significar a aceitação de qualquer utilização do captado nem de qualquer modalidade de exercício capaz de lesar a dignidade e a privacidade dos trabalhadores. Contudo, talvez seja necessário repensar um pouco a forma de controlo à distância por parte do empregador nos casos do teletrabalho já que os artigos 20.º e 21.º do CT não foram pensados para estas situações em que o teletrabalho se tornou tão frequente e na modalidade de teletrabalho no domicílio.

Terá de analisar-se, assim, se não concorrem para a decisão de instalação, para além dos interesses referidos no art. 20.º, n.º 2, do CT, outros interesses que visam a recolha de dados e de informações sobre o comportamento dos trabalhadores ou o exercício de uma maior pressão sobre a sua atividade laboral através desta forma de controlo tão intensivo e impessoal.

Assim, o empregador não pode utilizar programas informáticos para tentar saber se o trabalhador passa mais tempo nas redes sociais do que a trabalhar no excel, por exemplo. A CNPD, na sua Orientação sobre o controlo à distância dos trabalhadores<sup>25</sup> defendeu, e quanto a nós muito bem, a proibição por parte do empregador da utilização de programas e de “softwares que, para além do rastreamento do tempo de trabalho e de inatividade, registam as páginas de Internet visitadas, a localização do terminal em

---

<sup>25</sup> PORTUGAL. Comissão Nacional de Proteção de Dados – CNPD. Orientação de 17 de abril de 2020 e disponível em [https://www.cnpd.pt/home/orientacoes/Orientacoes\\_controlo\\_a\\_distancia\\_em\\_regime\\_de\\_teletrabalho.pdf](https://www.cnpd.pt/home/orientacoes/Orientacoes_controlo_a_distancia_em_regime_de_teletrabalho.pdf).



tempo real, as utilizações dos dispositivos periféricos (ratos e teclados), fazem captura de imagem do ambiente de trabalho, observam e registam quando se inicia o acesso a uma aplicação, controlam o documento em que se está a trabalhar e registam o respetivo tempo gasto em cada tarefa (v.g., *TimeDoctor*, *Hubstaff*, *Timing*, *ManicTime*, *TimeCamp*, *Toggl*, *Harvest*)”. Também há a instalação de aplicações informáticas que, de forma subtil e muitas vezes oculta, registam os diferentes programas que são utilizados e as teclas pulsadas no computador. Estes programas são utilizados para aferir a produtividade dos trabalhadores. No caso por exemplo do *Hubstaff*, frequentemente tira *screenshots*, vê os documentos que os trabalhadores estão a escrever ou as redes sociais que visitam.

Existem vários programas informáticos que são colocados sem que o trabalhador tenha deles conhecimento, violando, desta forma, o princípio da transparência sendo, desde logo por isso proibidos. Para além de gravarem todas as teclas que foram utilizadas pelos trabalhadores, mantêm registos de todas as caixas de diálogo utilizadas, abarcando assim as situações de mensagem instantânea, como ainda, ciclicamente, fotografam o que está a ser visualizado no computador. A grande vantagem destes programas para os empregadores é a de que, ao gravarem todas as teclas utilizadas, podem gravar todos *e-mails* enviados e não apagados, as conversas tidas em *sites* de *chat*, ou mensagens instantâneas enviadas pelo computador, o que se afigura como um controlo quase total do trabalhador. Mas não apenas deste. Os *screenshots* que são tirados permitem ver as pessoas que estão por exemplo numa reunião com este trabalhador, o interior das casas dessas pessoas, assim como do próprio trabalhador e do seu agregado familiar, nomeadamente menores de idade.

E a venda destes programas triplicou desde março, isto é, desde que um pouco por todo o mundo se começou a recorrer cada vez mais ao teletrabalho no domicílio<sup>26</sup>.

Não se pode permitir que o teletrabalho acabe por ser uma invasão da vida privada do trabalhador no domicílio. Assim, tem de verificar-se que o local onde é prestado o teletrabalho seja livre de controlar mais do que é necessário. Assim, desde logo, a videovigilância não está permitida, mas também não nos parece que a geolocalização esteja nem a radiofrequência. Parece-nos que estes meios não cumprem nem o princípio da finalidade, nem o da proporcionalidade na sua tripla vertente.

---

<sup>26</sup> Segundo dados recentes pelo menos 100 denúncias e pedidos de esclarecimento deram entrada na CNPD e na CGTP desde março.

Aplicam-se aos trabalhadores que estão em teletrabalho os direitos de personalidade<sup>27</sup> pelo que não podem ser alvo de controlo através de meios de vigilância à distância que engloba tanto os tradicionais meios de vídeo-audiovigilância mas também os dados de geolocalização que poderão ser obtidos se se pretender que o teletrabalhador também disponha no seu *tablet* ou no seu telemóvel destes programas para trabalhar remotamente.

Quanto muito parece-nos possível um controlo através de programas informáticos que cumpram todos os requisitos do tratamento de dados pessoais, nomeadamente o princípio da finalidade, da proporcionalidade e da transparência, assim como o princípio da proteção de dados desde a conceção e por defeito, previsto no art. 25.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados já que o empregador tem um poder de controlo sobre o trabalhador<sup>28</sup>.

Contudo, antes de se criarem estes programas e instalarem cremos que tem de existir uma Avaliação do impacto sobre a proteção de dados e consulta prévia, prevista nos artigos 35.º e 36.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais.

O art. 36.º, n.º 1, do Regulamento estabelece que “O responsável pelo tratamento consulta a autoridade de controlo antes de proceder ao tratamento quando a avaliação de impacto sobre a proteção de dados nos termos do artigo 35.º indicar que o tratamento resultaria num elevado risco na ausência das medidas tomadas pelo responsável pelo

---

<sup>27</sup> Os direitos de personalidade aplicam-se a todos os trabalhadores e se se aplicam no local de trabalho, por maioria de razão, quando o trabalhador está a trabalhar no seu domicílio, no reduto mais íntimo da sua vida, terão de aplicar-se.

<sup>28</sup> No ordenamento jurídico argentino, foi aprovada muito recentemente a Lei n.º 27555, 14 de agosto de 2020, que regula o teletrabalho e que estabelece no art. 15.º, com a epígrafe *Sistema de Control y Derecho a la Intimidad* que “Los sistemas de control destinados a la protección de los bienes e informaciones de propiedad del empleador deberán contar con participación sindical a fin de salvaguardar la intimidad de la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo y la privacidad de su domicilio”. E o art. 16.º completa esta parte ao estabelecer, com a epígrafe *Protección de la Información Laboral*, que “El empleador deberá tomar las medidas que correspondan, especialmente en lo que se refiere a software, para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo para fines profesionales, no pudiendo hacer uso de software de vigilancia que viole la intimidad de la misma”. Também o art. 18.º, *Autoridad de aplicación. Registro. Fiscalización*, prezoia que “El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación será la autoridad de aplicación de la presente ley y deberá dictar la reglamentación respectiva dentro de los noventa (90) días. **En el ámbito de su competencia se deberán registrar las empresas que desarrollen esta modalidad, acreditando el software o plataforma a utilizar y la nómina de las personas que desarrollan estas tareas, las que deberán informarse ante cada alta producida o de manera mensual. Esta información deberá ser remitida a la organización sindical pertinente.** La fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y convencionales relativas a las tareas cumplidas bajo la modalidad del teletrabajo se ejercerá conforme a lo establecido por el título III - capítulo I, sobre inspección del trabajo de la ley 25.877 y sus modificatorias. Toda inspección de la autoridad de aplicación, de ser necesaria, deberá contar con autorización previa de la persona que trabaja.”- negrito nosso.

tratamento para atenuar o risco. E o GRUPO DE PROTEÇÃO DE DADOS do art. 29.<sup>o29</sup> defende a necessidade da realização desta avaliação no caso dos trabalhadores porque há um elevado risco quer por se tratarem de titulares de dados numa situação de particular *vulnerabilidade* dada a relação desigual em que se encontram, quer nos casos em que os empregadores realizam um controlo sistemático das atividades dos trabalhadores<sup>30</sup>, dando até como exemplo da necessidade desta AIPD, o caso de “uma empresa que controle sistematicamente as atividades dos seus empregados, incluindo o controlo dos computadores, da atividade internet<sup>31</sup>, etc. dos seus empregados”.

Por outro lado, atendendo ao princípio da transparência, a instalação de programas de forma oculta é completamente vedada. E, por outro lado, parece-nos que o que consta do art. 20.º, n.º 3 do CT não é suficiente. Na verdade, a informação deve ser mais completa indicando a existência do sistema, a identidade do responsável pelo tratamento que é o empregador, o direito de exercer todos os direitos enquanto titulares de dados pessoais previstos nos arts. 15.º a 22.º do RGPD, desde que adequados à situação concreta.

Tendo em atenção a obrigatoriedade do princípio da transparência e da informação quer aos trabalhadores, quer aos seus representantes, depreende-se não ser admissível o controlo oculto ou secreto sobre os trabalhadores através destes meios por violar o princípio da boa-fé empresarial que tem consagração expressa no CT nos arts. 102.º e 126.º.

E, mesmo cumprindo o princípio da transparência nem todas as formas de controlo são permitidas.

Concorda-se, assim, com o defendido pelo CNPD quando estabelece não ser admissível impor ao trabalhador que mantenha sempre a câmara ligada, ainda que nos pareça que pode exigir-se em alguns momentos, e nem será em princípio possível a

---

<sup>29</sup> *Orientações relativas à Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados (AIPD) e que determinam se o tratamento é «suscetível de resultar num elevado risco» para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679, adotada a 4 de abril de 2017 e revista a 4 de outubro de 2017.*

<sup>30</sup> “Com vista a fornecer um conjunto mais concreto de operações de tratamento que exigem uma AIPD devido ao elevado risco inerente, tendo em conta os elementos específicos dos artigos 35.º, n.º 1, e 35.º, n.º 3, alíneas a) a c), a lista a adotar a nível nacional nos termos do artigo 35.º, n.º 4, e dos considerandos 71, 75 e 91, e outras referências no RGPD a operações de tratamento «suscetível de implicar um elevado risco», devem ser considerados os seguintes nove critérios... Dados relativos a titulares de dados vulneráveis (considerando 75): **o tratamento deste tipo de dados constitui um critério devido ao acentuado desequilíbrio de poder entre os titulares dos dados e o responsável pelo tratamento dos dados, significando isto que os indivíduos podem não ser capazes de consentir, ou opor-se, facilmente ao tratamento dos seus dados ou de exercer os seus direitos. Os titulares de dados vulneráveis podem incluir [...] empregados**” – negrito nosso.

<sup>31</sup> Negrito nosso.

gravação de teleconferências entre o empregador, ou dirigentes, e os trabalhadores, existindo, contudo, algumas exceções, como uma possível forma de controlo da prestação.

E não é possível pela proibição dos arts. 20.º e 21.º do CT, mas também pela própria noção de dados pessoais do Regulamento Geral de proteção de dados pessoais.

Poderá colocar-se a questão de como controlar o trabalhador que está em regime de teletrabalho já que estamos perante um contrato de trabalho subordinado e o empregador tem o poder diretivo e o poder de controlar de que forma está a ser prestado a atividade. Contudo, nesta modalidade, como em outras, a questão não está na existência do poder de controlo que é essencial, mas no estabelecimento de limites ao mesmo e, por isso, o empregador pode controlar, *inter alia*, através do estabelecimento de metas e objetivos que o trabalhador tem de cumprir e de relatar diariamente através de e-mails, de chamadas, assim como marcação de reuniões por teleconferência para ir acompanhando o trabalho e, até, como uma forma de evitar o isolamento social<sup>32</sup> que é uma das grandes desvantagens associadas a esta modalidade de teletrabalho.

Não pode esquecer-se, ainda, o art. 170.º do CT que estabelece o direito à privacidade do trabalhador em regime de teletrabalho. Para assegurar este direito à privacidade, o CT estabelece limites ao direito de o empregador se deslocar ao domicílio do teletrabalhador, prevendo que “a visita ao local de trabalho só deve ter por objeto o controlo da atividade laboral, bem como dos instrumentos de trabalho e apenas pode ser efetuada entre as 9 e as 19 horas, com a assistência do trabalhador ou de pessoa por ele designada”, nos termos do art. 170.º, n.º 2.

O que não pode é controlar violando a proteção da privacidade e dos dados pessoais dos trabalhadores<sup>33</sup>.

Por outro lado, uma outra questão está relacionada com o controlo dos tempos de trabalho, que tem de ser possível<sup>34</sup> 35, e que deve ser feito respeitando o princípio

---

<sup>32</sup> Note-se que o CT já prevê desde 2003 a possibilidade de o trabalhador em regime de teletrabalho ter direito à denominada sociabilidade informática. O empregador deve proporcionar ao teletrabalhador, nos termos previstos no art. 169.º, n.º 3, “contactos regulares com a empresa e os demais trabalhadores”, assim como, nos termos do art. 171.º, a participação e representação coletivas do teletrabalhador.

<sup>33</sup> Para maiores desenvolvimentos veja-se MOREIRA, Teresa C. “Privacidade em tempos de pandemia?”, *in* Coord. RAMALHO, Maria do Rosário P. e MOREIRA, Teresa C., **Covid 19 e Trabalho: o dia seguinte**, Estudos APODIT 7, AAFDL, Lisboa, no prelo.

<sup>34</sup> E é até obrigatório pelo art. 202.º do CT e pelo ac. do TJUE C-55/18, de 14 de maio de 2019 onde o Tribunal decidiu no parágrafo 50 que “os Estados-Membros devem tomar todas as medidas necessárias para garantir o cumprimento dos períodos mínimos de descanso e impedir qualquer excesso da duração máxima de trabalho semanal para assegurar a plena eficácia da Diretiva 2003/88, uma regulamentação nacional que não prevê a obrigação de se recorrer a um instrumento que permita uma determinação

estabelecido no art. 25.º que chama a atenção para o facto de a tecnologia poder ser vista como amiga da privacidade, através da consagração da proteção de dados desde a conceção e por defeito, estabelecendo que “tendo em conta as técnicas mais avançadas, os custos da sua aplicação, e a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento dos dados, bem como os riscos decorrentes do tratamento para os direitos e liberdades das pessoas singulares, cuja probabilidade e gravidade podem ser variáveis, o responsável pelo tratamento aplica, tanto no momento de definição dos meios de tratamento como no momento do próprio tratamento, as medidas técnicas e organizativas adequadas, como a pseudonimização, destinadas a aplicar com eficácia os princípios da proteção de dados, tais como a minimização, e a incluir as garantias necessárias no tratamento, de uma forma que este cumpra os requisitos do presente regulamento e proteja os direitos dos titulares dos dados”, assim como “O responsável pelo tratamento aplica medidas técnicas e organizativas para assegurar que, por defeito, só sejam tratados os dados pessoais que forem necessários para cada finalidade específica do tratamento. **Essa obrigação aplica-se à quantidade de dados pessoais recolhidos, à extensão do seu tratamento, ao seu prazo de conservação e à sua acessibilidade**<sup>36</sup>. Em especial, essas medidas asseguram que, por defeito, os dados pessoais não sejam disponibilizados sem intervenção humana a um número indeterminado de pessoas singulares”.

Este princípio é crucial porque incorpora a proteção de dados pessoais em todo o

---

objetiva e fiável do número de horas de trabalho diário e semanal não é suscetível de garantir, em conformidade com a jurisprudência recordada no n.º 42 do presente acórdão, o efeito útil dos direitos conferidos pelo artigo 31.º, n.º 2, da Carta e por essa diretiva, na medida em que priva tanto as entidades patronais como os trabalhadores da possibilidade de verificarem se esses direitos são respeitados e é, assim, suscetível de comprometer o objetivo da referida diretiva, que consiste em assegurar uma melhor proteção da segurança e da saúde dos trabalhadores”.

<sup>35</sup> No ordenamento jurídico espanhol, o art. 13.º do *Real Decreto-ley 28/2020*, de 22 de setembro, *sobre trabajo a distancia*, com a epígrafe *Derecho al horario flexible en los términos del acuerdo* estabelece que “De conformidad con los términos establecidos en el acuerdo de trabajo a distancia y la negociación colectiva, respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso, la persona que desarrolla trabajo a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido.”, e o art. 14.º com a epígrafe *Derecho al registro horario adecuado*, dispõe que “El sistema de registro horario que se regula en el artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores, de conformidad con lo establecido en la negociación colectiva, deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada.”

Por outro lado, segundo o disposto no art. 7.º, alíneas b) e c), tem de constar do contrato de trabalho à distância a “b) Enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como forma de cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa y momento y forma para realizar la misma, que se corresponderá, de existir, con la previsión recogida en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación”, e o “Horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad”.

<sup>36</sup> Negrito nosso.

ciclo da vida das tecnologias.

Já o considerando 78 do Regulamento refere que a defesa dos direitos e liberdades das pessoas singulares relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais exige a adoção de medidas técnicas e organizativas adequadas, a fim de assegurar o cumprimento dos requisitos do presente regulamento. Para poder comprovar a conformidade com o presente regulamento, o responsável pelo tratamento, no caso o empregador, “deverá adotar orientações internas e aplicar medidas que respeitem, em especial, os princípios da proteção de dados desde a conceção e da proteção de dados por defeito”.

É fundamental este controlo para evitar a denominada *porosidade dos tempos de trabalho* ou a colonização do tempo do trabalhador pelo tempo de trabalho, com a queda das fronteiras entre vida profissional e vida pessoal e familiar

Assim, é possível o controlo através do *log in, log out*, limitando-se a registar os dados tal como se fosse realizado nas instalações do empregador. É possível controlar a jornada de trabalho de um teletrabalhador principalmente se estiver na modalidade de teletrabalho *online* através do recurso aos *logs in* e *logs off* que faz e das ligações *online* que realize. Só não estarão sujeitos a este controlo de jornada os teletrabalhadores que trabalhem completamente independentes de qualquer modalidade de vigilância por parte do empregador e que tenham de atingir metas e objetivos. A CNPD defende que quando o empregador não dispõe destas ferramentas pode excepcionalmente “fixar a obrigação de envio de email, SMS ou qualquer outro modo similar que lhe permita, para além de controlar a disponibilidade do trabalhador e os tempos de trabalho, demonstrar que não foram ultrapassados os tempos máximos de trabalho permitidos por lei. Do mesmo modo, nada impede que este controlo da disponibilidade do trabalhador e do cumprimento dos tempos de trabalho se faça por via de contacto telefónico ou eletrónico por parte do empregador”<sup>37</sup>.

Aliás dir-se-ia que é fundamental o controlo dos tempos de trabalho para evitar o trabalho sem limites que esta modalidade de trabalho pode trazer<sup>38</sup>. É importante

---

<sup>37</sup> *Op. cit.*

<sup>38</sup> No estudo apresentado pela EUROFOUND, **Living, working and COVID 19**, Luxemburgo, 2020, p. 21, vários trabalhadores trabalharam muito além dos tempos normais de trabalho tendo sobretudo as mulheres sofrido mais com esta situação porque tiveram de conciliar os tempos de trabalho com o denominado *unpaid care work*, sendo que em Portugal é onde a situação da conciliação entre a vida profissional e a vida pessoal e familiar foi considerada das piores – “In July, Austria, Germany, Hungary and the Netherlands were the countries where respondents express the highest level of work–life balance, while the lowest level is recorded among respondents in Portugal”. Por outro lado, também pode ver-se

assegurar estes direitos, sobretudo quando a conexão do teletrabalhador à rede do empregador é *online*, podendo estar sujeito a uma verdadeira trela eletrônica.

Na verdade, não nos podemos esquecer que as primeiras leis laborais, surgidas para pôr termo a uma igualdade meramente formal no seio das relações de trabalho, têm a sua base e ADN nos tempos de trabalho e na sua necessária redução e limitação.

Na verdade, de jornadas de trabalho praticamente infindáveis - 16 e, até, 18 horas diárias, sem qualquer descanso -, foi-se caminhando, aos poucos, para a sua limitação. E Portugal não foi exceção, com a divisão tripartida do dia em 8 horas para trabalhar, 8 horas para dormir e 8 horas para a realização social do trabalhador enquanto pessoa. Era e é, ainda, a concretização da *lengua lenga* britânica, ao tempo da Revolução Industrial, *eight hours to work, eight hours to play, eight hours to sleep and eight shillings a day*.

Esta temática é, pois, como que a marca de origem do Direito do Trabalho, o seu código genético. Mas, atualmente, novos problemas se levantam a esta limitação dos tempos de trabalho e que estão claramente relacionados com as novas tecnologias e com novas formas de prestar trabalho.

Neste novo mundo do trabalho, o tempo de trabalho torna-se cada vez mais flexível, podendo originar, por um lado, uma melhor conciliação dos tempos de trabalho, mas, simultaneamente, novos problemas com a sua limitação, já que hoje em dia os trabalhadores são muitas vezes avaliados pelos resultados que apresentam e não pelo trabalho que realizam, o que pode originar a sua intensificação, bem como dos tempos de trabalho. Na verdade, para muitos, flexibilidade temporal não significa liberdade, mas sim, o seu contrário, tornando-se cada vez mais difícil a conciliação dos tempos de trabalho com os tempos pessoais. Cremos que a oportunidade do *anytime-anyplace* não pode tornar-se no *always and everywhere*.

Neste Admirável Mundo Novo do Trabalho coloca-se a questão da limitação dos tempos de trabalho. Esta questão é de fundamental importância, na medida em que parece poder permitir quase um novo tipo de escravatura que, embora de feição diferente, está a colocar em causa um dos mais antigos e emblemáticos direitos consagrados dos trabalhadores - o direito a um descanso efetivo entre jornadas de

---

que “At the peak of the COVID-19 pandemic in April 2020, the e-survey revealed that respondents – especially women with children under 12 – were struggling to balance their work and personal life. Indeed, although teleworking was a key factor in ensuring business continuity, it has led to a rise in the number of people working from home, resulting in difficulties in managing work–life conflicts and an increase in the incidence of overtime”.

trabalho. Daí a importância de controlar os tempos de trabalho e de consagrar um efetivo direito à desconexão<sup>39</sup>.

Para conseguir esta verdadeira desconexão defende-se, muitas vezes, mais do que um direito à desconexão<sup>40</sup>, um verdadeiro dever de desconectar, ou de um dever de não conectar, de não incomodar os trabalhadores por parte do empregador, na medida em que, não raramente, a utilização destas tecnologias parece ser um fator de ineficiência e de danos à produtividade. Na verdade, defende-se que o melhor caminho é a consagração como uma garantia dos trabalhadores, um dever negativo a não incomodar o trabalhador nos seus períodos de descanso, e estabelecê-lo no art. 129.º do CT, e, depois, na parte relacionada com os tempos de trabalho, podendo até em determinadas situações, se não for respeitada, vir a ser considerada como uma situação de assédio moral.

Atualmente, a maior parte das pessoas vive em permanente conexão, mantendo os seus dispositivos móveis, os seus *smartphones*, junto a si, no bolso, na carteira, na roupa que veste e, à noite, próximo da cama, e, por isso, o constante bombardeamento, a constante perseguição com *e-mails*, mensagens, telefonemas por parte dos empregadores, pode redundar numa situação de assédio. Assim, concorda-se integralmente com JOÃO LEAL AMADO<sup>41</sup>, a propósito da eventual situação de assédio e da redação do art. 29.º do CT, quando defende que “Perante a amplitude desta previsão legal de assédio, que abrange práticas discriminatórias ou não e que abrange práticas intencionais ou não, não cremos que restem grandes dúvidas sobre a possibilidade de a violação do tempo de desconexão correspondente ao período de descanso do trabalhador vir, em tese, a constituir assédio moral. Trata-se, tipicamente, de condutas empresariais que têm como efeito (ainda que, quiçá, não como objetivo)

---

<sup>39</sup> No ordenamento jurídico espanhol, o art. 18.º do *Real Decreto-ley 28/2020*, de 22 de setembro, *sobre trabajo a distancia*, com a epígrafe *Derecho a la desconexión digital*, estabelece que “1. Las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo en los términos establecidos en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. El deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables. Este artigo seguiu de perto o que já estava consagrado na Lei Orgânica 3/2018, de 5 de dezembro, de Proteção de Dados Pessoais e garantia dos direitos digitais que consagrou no artigo 88.º o direito à desconexão. Contudo, parece-nos que, mais uma vez, o legislador deveria ter ido mais longe e, sobretudo, adaptar este direito à realidade do teletrabalho. A forma como está é, novamente, “mais pedagógica do que efetiva”.

<sup>40</sup> Já que não se trata de um direito novo.

<sup>41</sup> AMADO, José L. “Tempo de Trabalho e Tempo de Vida: sobre o direito à desconexão profissional”, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª Região*, Campinas, Brasil, n.º 52, pp. 264 e ss..



perturbar a pessoa do trabalhador, práticas suscetíveis, como se sabe, de lhe causar danos da mais variada espécie, desde logo afetando gravemente a sua saúde (*stress*, *burnout*, etc.) — as quais podem, portanto, constituir assédio, nos termos e para os efeitos previstos no art. 29.º do CT. Mas, neste quadro, admite-se que talvez não fosse pior que o legislador fosse mais explícito e previsse expressamente, na letra da lei, a possibilidade de a violação do tempo de desconexão profissional por parte da empresa integrar a prática de assédio moral”.

É que, na verdade, conseguir-se a desconexão durante as férias é fundamental, mas muitas vezes o que gera sintomas de fadiga, *stress* e síndrome de *burn out* ou mesmo assédio, é a inobservância diária, constante, contínua, deste direito dos trabalhadores ao descanso. Porque no fundo é disso que se trata.

E, nesta temática, parece-nos também que os parceiros sociais, através do diálogo social, têm um papel fundamental. Considera-se essencial que se consiga um novo tipo de compromisso sobre flexibilidade temporal relacionada com uma *life-phase approach*, tendo em consideração os interesses de todos os sujeitos envolvidos<sup>42</sup>.

### 3. CONCLUSÕES

Perante esta situação de crise, de pandemia, convém recordar que a crise económica é “uma realidade que tem acompanhado o Direito do Trabalho, pelo menos de forma intermitente, ao longo do seu percurso histórico, para converter-se, certamente, num «companheiro de viagem histórico» da mesma, incómodo se se quiser”<sup>43</sup>. Contudo, não pode deixar de ter-se em atenção que esta é uma crise sem precedentes pois é uma crise sanitária, económica, verdadeiramente mundial, que vai colocar desafios sem precedentes ao Direito do trabalho.

Estamos perante um momento crucial do Direito do trabalho, de onde pode surgir uma forma mais ágil, flexível e até amiga do ambiente de trabalhar, respeitando todos os princípios fundamentais em matéria de privacidade e proteção de dados pessoais. Ou o contrário. Tudo depende das opções que forem tomadas.

---

<sup>42</sup> Para maiores desenvolvimentos *vide* MOREIRA, Teresa C., “Algumas questões sobre o direito à desconexão dos trabalhadores”, in **Minerva – Revista de Estudos Laborais**, Ano IX – I da 4.ª série, n.º 2, e “A desconexão dos trabalhadores: direito ou dever”, in **O Mundo do Trabalho e a 4.ª Revolução Industrial - Homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana**, em co-autoria com JOÃO LEAL AMADO, Tirant lo Blanch, Brasil, 2020.

<sup>43</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, **Direito do Trabalho e Ideologia**, (trad. António Moreira), Almedina, Coimbra, 2001, p. 39.

Porém, perante esta situação consideramos que o Direito do trabalho tem uma sólida e provada experiência de maleabilidade e que irá adaptar-se e superar esta situação.

## REFERÊNCIAS

AMADO, João Leal, Emergência, calamidade e despedimento: o empoderamento da ACT, *in RMP*, número especial Covid 19, 2020.

Tempo de Trabalho e Tempo de Vida: sobre o direito à desconexão profissional”, **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.<sup>a</sup> Região**, Campinas, Brasil, n.º 52, pp. 264 e ss..

ARESE, César, **Historias de la vida privada en teletrabajo**, in RC D 3034/2020, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar).

ARGENTINA. Boletín Oficial de la Argentina. **Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo. Ley 27555**. 14/08/2020. Disponível em <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/233626/20200814>. Acesso em 10 fev. 2021.

COSTA RICA. Sistema Costarricense de Información Jurídica. **Decreto Legislativo n.º 9738**, 10 de outubro de 2019. Disponível em [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=89753](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=89753). Acesso em 10 fev. 2021.

ESPANHA. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado **Real Decreto-ley 28/2020**, de 22 de setembro de 2020. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-11043>. Acesso em 10 fev. 2021.

EUROFOUND, **Living, working and COVID 19**, Luxemburgo, 2020

FORRESTER, Viviane. **O Horror Económico**, Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: Ed. UNESP, 1997.

LÓPEZ, Palomeque, **Direito do Trabalho e Ideologia**, (trad. António Moreira), Coimbra: Almedina, 2001.

MOREIRA, Teresa Coelho; AMADO, João Leal. A desconexão dos trabalhadores: direito ou dever. *In O Mundo do Trabalho e a 4.<sup>a</sup> Revolução Industrial - Homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana*, Brasil: Tirant lo Blanch. 2020.

MOREIRA, Teresa Coelho. Algumas questões sobre o direito à desconexão dos trabalhadores. *In Minerva – Revista de Estudos Laborais*, Ano IX – I da 4.<sup>a</sup> série, n.º 2.

MOREIRA, Teresa Coelho, “Privacidade em tempos de pandemia?”. Coord. RAMALHO, Maria do Rosário P. e MOREIRA, TERESA C., **Covid 19 e Trabalho: o dia seguinte**, Estudos APODIT 7, AAFDL, Lisboa, no prelo.

PORTUGAL. Comissão Nacional de Proteção de Dados – CNPD. Orientação de 17 de abril de 2020 e disponível em:< [https://www.cnpd.pt/home/orientacoes/Orientacoes\\_controlo\\_a\\_distancia\\_em\\_regime\\_d\\_e\\_teletrabalho.pdf](https://www.cnpd.pt/home/orientacoes/Orientacoes_controlo_a_distancia_em_regime_d_e_teletrabalho.pdf)>. Acesso em: 10 fev. 2021.

VATICANO. **Encíclica *Fratelli Tutti***. Disponível em [http://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20201003\\_enciclica-fratelli-tutti.html](http://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html). Acesso em 10. fev. 2021

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO  
INTERMITENTE:  
ANÁLISE DO OBJETO DA ADI 5.826/DF<sup>44</sup>  
(PARTE 1)**

**THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE INTERMITTENT  
EMPLOYMENT CONTRACT:  
ANALYSIS OF THE ADI 5836/DF OBJECT'S  
(1<sup>ST</sup>PART)**

Ana Cláudia Nascimento Gomes<sup>45</sup>

Helder Santos Amorim<sup>46</sup>

**RESUMO:** O artigo aborda a controvérsia jurídico-constitucional e trabalhista que é objeto da ADI 5826/DF, em trâmite no STF, qual seja, o regime jurídico do contrato intermitente, introduzido na Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Pela análise doutrinária, inclusive em sede de Direito Comparado, e jurisprudencial empreendida, concluiu-se pela inconstitucionalidade material desse regime.

---

Artigo recebido em: 08/12/2020

Artigo aprovado em: 22/12/2020

<sup>44</sup> O presente artigo tem origem em pesquisa realizada pelos autores quando integravam a Assessoria Trabalhista da Procuradoria-Geral da República, em texto inicialmente proposto para integrar minuta de parecer na ADI 5.826/DF, em julho de 2018. O texto original não foi utilizado na atividade institucional, tendo em vista posição diversa adotada pela PGR quanto ao mérito da ação, no caso concreto, em pleno exercício de sua independência funcional no cargo máximo do Ministério Público da União. Assim, externada a posição meritória da PGR perante o STF, na referida ADI, em 27/06/2018, o presente trabalho prestou-se a subsidiar, em termos parciais, a manifestação processual conjunta, na qualidade de *amici curiae*, da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA e da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT, em setembro de 2020. Ainda, consideradas as pesquisas doutrinárias empreendidas pelos Autores para a feitura da posição sustentada no presente trabalho, foram posteriormente publicados artigos sobre o tema, quais sejam: GOMES, Ana Cláudia Nascimento, “Contrato de trabalho intermitente: possibilidades interpretativas em desfavor do seu uso na modalidade ‘vale tudo’”, *In Contratos Flexíveis na Reforma trabalhista: trabalho em tempo parcial, teletrabalho, trabalho intermitente, trabalhador hipersuficiente e terceirização*. Coord. PIRES, Rosemary de Oliveira (e Outros), 1 ed. Belo Horizonte: RTM, 2019, v.1, p. 228-244. ISBN: 9788594711007; e GOMES, Ana Cláudia Nascimento Gomes “Contrato de Trabalho intermitente no Direito Comparado e na Lei 13.467/2017: no ‘vale-tudo’ e no ‘tudo-pode’ do Brasil”; *In: A Reforma Trabalhista na visão dos Magistrados do Trabalho, Procuradores do Trabalho e Advogados Trabalhistas*. Coord. PIRES, Rosemary de Oliveira (e Outros), 1 ed. Belo Horizonte: RTM, 2018, p. 271-278, ISBN: 9788594710796.

<sup>45</sup> Pós-Doutoranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do UDF, Brasília-DF (2020). Doutora em Direito Público (2015) e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas (2001), títulos concedidos pela Universidade de Coimbra (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Pós-Graduada em Direito do Consumidor e Direito do Trabalho. Procuradora do Trabalho em Minas Gerais (Ministério Público do Trabalho/PRT 3ª Região), aprovada em 1º Lugar Geral (em Provas e em Provas e Títulos, 2005). Professora Concursada da Faculdade de Direito da PUCMINAS/Belo Horizonte (2002).

<sup>46</sup> Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito Constitucional pela PUC-Rio. Membro Pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPq). Procurador Regional do Trabalho em Minas Gerais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contrato intermitente; ADI 5826/DF; Reforma trabalhista de 2017.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. Breve Relato da ADI 5.826/DF. 2. Análise do mérito da ADI 5.826/DF: da inconstitucionalidade do regime jurídico contratual do trabalho intermitente instituído pela Lei n. 13.467/2017. 2.1 Do contrato de trabalho intermitente. Caracterização legal. Figuras similares no direito comparado. Contratos atípicos na legislação interna. 2.2 Do direito fundamental ao salário mínimo periódico. Garantia do mínimo existencial. 2.3 Dos direitos fundamentais previdenciários. Aposentadoria e Seguro contra Desemprego Involuntário. 2.4 Das restrições desproporcionais à tutela jusfundamental do emprego. Do abuso legislativo. 2.5 Da violação aos princípios da proteção da confiança e da igualdade Perante a Lei. 3. Conclusão. 4. Referências.

**ABSTRACT:** The text approach the constitutional and labor problem which is object of the ADI 5826/DF; Brazil's Supreme Court law suit: the legal treatment regimen of intermittent employment contract. This labor contract was created in 2017, by Labor Reform Law. It was concluded by doctrinal and jurisprudence analysis, including in Comparative Law, about the material unconstitutionality of this legal treatment regimen of intermittent contract.

**KEYWORDS:** Intermittent employment contract; ADI 5826/DF (STF's Case); Labor reform, 2017.

**SUMMARY:** 1. Introduction. Brief Report of ADI 5.826 / DF. 2. Analysis of the merit of ADI 5.826 / DF: the unconstitutionality of the contractual legal regime for intermittent work established by Law no. 13,467 / 2017. 2.1 The intermittent employment contract. Legal characterization. Similar figures in the comparative law. Atypical contracts in domestic legislation. 2.2 From the fundamental right to the periodic minimum wage. Guarantee of the existential minimum. 2.3 Fundamental social security rights. Retirement and Involuntary Unemployment Insurance. 2.4 From disproportionate restrictions to the fundamental protection of employment. Legislative abuse. 2.5 On the violation of the principles of protection of trust and equality Before the law. 3. Conclusion. 4. References.

## **1 INTRODUÇÃO. BREVE RELATO DA ADI 5.826/DF**

A Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados do Petróleo – FENEPOSPETRO ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI) com pedido liminar, por meio da qual objetiva a declaração de inconstitucionalidade parcial da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, e da Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017, nos pontos em que conferem nova redação ao art. 443, *caput* e § 3º, e inserem as novas disposições dos arts. 452-A, 452-B, 452-C, 452-D, 452-E, 452-F, 452-G, 452-H, 911-A *caput* e parágrafos, do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) que disciplinam o contrato de trabalho intermite.

As impugnações se fundam em alegada ofensa ao disposto nos arts. 1º *caput* e incisos III e IV, 5º *caput* e incisos III e XXIII, 6º *caput*, 7º *caput* e incisos IV, V, VII, VIII,

XIII, XVI e XVII, 102 *caput* e inciso I-A, 103 *caput* e inciso IX da Constituição da República de 1988 (CR/88)<sup>47</sup>.

Dispõem os enunciados impugnados, com redação conferida pela Lei 13.467/2017 e com as alterações inseridas pela MP 808/2017, acerca do contrato de trabalho intermitente:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente. [...]

§3º Considera-se como intermitente o Contrato de Trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente será celebrado por escrito e registrado na CTPS, ainda que previsto acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva, e conterá: (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

I - identificação, assinatura e domicílio ou sede das partes: (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

II - valor da hora ou do dia de trabalho, que não poderá ser inferior ao valor horário ou diário do salário mínimo, assegurada a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno e observado o disposto no § 12; e (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

III - o local e o prazo para o pagamento da remuneração. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

---

<sup>47</sup> Art. 1º, *caput* e incisos III e IV: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III- a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

Art. 5º, *caput* e incisos III e XXIII: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”.

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

Art. 7º, *caput* e incisos IV, V, VII, VIII, XIII, XVI e XVII: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;XIII - 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; XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; e XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal”.

Art. 102, *caput* e inciso I-A: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

Art. 103, *caput* e inciso IX: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

§ 1º - O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

§ 3º - A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

§ 6º Na data acordada para o pagamento, observado o disposto no § 11, o empregado receberá, de imediato, as seguintes parcelas: (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

I - remuneração;

II - férias proporcionais com acréscimo de um terço;

III - décimo terceiro salário proporcional;

IV - repouso semanal remunerado; e

V - adicionais legais.

§ 7º - O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no §6º deste artigo.

§ 9º - A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.

Também impugnadas são as normas inseridas pela MP 808/2017, acerca do novo instituto contratual:

Art. 452-A [...]

§ 10 - O empregado, mediante prévio acordo com o empregador, poderá usufruir suas férias em até três períodos, nos termos dos § 1º e §2º do art. 134.

§ 11 - Na hipótese de o período de convocação exceder um mês, o pagamento das parcelas a que se referem o §6º não poderá ser estipulado por período superior a um mês, contado a partir do primeiro dia do período de prestação de serviço.

§ 12 - O valor previsto no inciso II do caput não será inferior àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função.

§ 13 - Para os fins do disposto neste artigo, o auxílio-doença será devido ao segurado da Previdência Social a partir da data do início da incapacidade, vedada a aplicação do disposto §3º do art. 60 da Lei nº 8213, de 1991.

§ 14 - O salário maternidade será pago diretamente pela Previdência Social, nos termos do disposto no §3º do art. 072 da Lei nº 8213, de 1991.

§ 15 - Constatada a prestação dos serviços pelo empregado, estarão satisfeitos os prazos previstos nos §1º e §2º.

Art. 452-B - É facultado às partes convencionar por meio do contrato de trabalho intermitente:

I - locais de prestação de serviços;

II - turnos para os quais o empregado será convocado para prestar serviços;

III - formas e instrumentos de convocação e de resposta para a prestação de serviços;

IV - formato de reparação recíproca na hipótese de cancelamento de serviços previamente agendados nos termos dos § 1º e § 2º do art. 452-A.

Art. 452-C - Para fins do disposto no §3º do art. 443, considera-se período de inatividade o intervalo temporal distinto daquele para o qual o empregado intermitente haja sido convocado e tenha prestado serviços nos termos do §1º do art. 452-A.

§1º - Durante o período de inatividade, o empregado poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviço, que exerçam ou não a mesma atividade econômica, utilizando contrato de trabalho intermitente ou outra modalidade de contrato de trabalho.

§ 2º - No contrato de trabalho intermitente, o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador e não será remunerado, hipótese em que restará descaracterizado o contrato de trabalho intermitente caso haja remuneração por tempo à disposição no período de inatividade.

Art. 452-D - Decorrido o prazo de um ano sem qualquer convocação do empregado pelo empregador, contado a partir da data da celebração do contrato, da última convocação ou do último dia de prestação de serviços, o que for mais recente, será considerado rescindido de pleno direito o contrato de trabalho intermitente.

Art. 452-E - Ressalvadas as hipóteses a que se referem os art. 482 e art. 483, na hipótese de extinção do contrato de trabalho intermitente serão devidas as seguintes verbas rescisórias:

I - pela metade:

a) o aviso prévio indenizado, calculado conforme o art. 452-F; e

b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, prevista no §1º do art. 018 da Lei nº 8036, de 11 de maio de 1990 ; e

II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas.

§ 1º - A extinção de contrato de trabalho intermitente permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei nº 8036, de 1990, limitada a até oitenta por cento do valor dos depósitos.

§ 2º - A extinção do contrato de trabalho intermitente a que se refere este artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.

Art. 452-F - As verbas rescisórias e o aviso prévio serão calculados com base na média dos valores recebidos pelo empregado no curso do contrato de trabalho intermitente.

§ 1º - No cálculo da média a que se refere o caput, serão considerados apenas os meses durante os quais o empregado tenha recebido parcelas remuneratórias no intervalo dos últimos doze meses ou o período de vigência do contrato de trabalho intermitente, se este for inferior.

§ 2º - O aviso prévio será necessariamente indenizado, nos termos dos §1º e §2º do art. 487.

Art. 452-G - Até 31 de dezembro de 2020, o empregado registrado por meio de contrato de trabalho por prazo indeterminado demitido não poderá prestar serviços para o mesmo empregador por meio de contrato de trabalho intermitente pelo prazo de dezoito meses, contado da data da demissão do empregado.

Art. 452-H - No contrato de trabalho intermitente, o empregador efetuará o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias e do empregado e o depósito do FGTS com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações, observado o disposto no art. 911-A.

Art. 911-A - O empregador efetuará o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias e do trabalhador e o depósito do FGTS com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

§ 1º - Os segurados enquadrados como empregados que, no somatório de remunerações auferidas de um ou mais empregadores no período de um mês, independentemente do tipo de contrato de trabalho, receberem remuneração inferior ao salário mínimo mensal, poderão recolher ao Regime Geral de Previdência Social a diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal, em que incidirá a mesma alíquota aplicada à contribuição do trabalhador retida pelo empregador.

§ 2º - Na hipótese de não ser feito o recolhimento complementar previsto no §1º, o mês em que a remuneração total recebida pelo segurado de um ou mais empregadores for menor que o salário mínimo mensal não será considerado para fins de aquisição e manutenção de qualidade de segurado do Regime Geral de Previdência Social nem para cumprimento dos períodos de carência para concessão dos benefícios previdenciários.

Aduz a requerente que a nova figura do contrato de trabalho intermitente, inserida pelas disposições impugnadas, ofende direitos fundamentais sociais trabalhistas, vez que não garante o pagamento do salário mínimo constitucionalmente assegurado para atender



às necessidades básicas do trabalhador e de sua família, submete o trabalhador a absoluta imprevisão da jornada laboral, compromete o direito à aposentadoria e inviabiliza o acesso do trabalhador dito “intermitente” ao programa social de seguro-desemprego. Ademais, segundo aduz, a nova espécie contratual transfere os riscos da atividade econômica ao trabalhador, ensejando-lhe profunda insegurança jurídica e social, em ofensa princípios da valorização social do trabalho e da função social da propriedade, previstos no art. 1º, IV e 5º, XXIII, da Constituição.

Argumenta a requerente que, ao estipular salário vinculado às horas efetivamente trabalhadas, a critério do empregador, sem garantia e sem previsão de jornada e salário mínimo, o novo art. 452 da CLT reduz o patamar constitucionalmente garantido de proteção social ao salário, afrontando o princípio da vedação do retrocesso social ou da proibição de retrocesso. Ao final, pleiteia medida liminar suspensiva da eficácia dos dispositivos impugnados, até o julgamento definitivo desta ação, e a declaração definitiva de sua inconstitucionalidade<sup>48</sup>.

Na ação, a Presidência da República manifestou-se pelo indeferimento do pedido liminar e pela constitucionalidade dos dispositivos questionados; a Advocacia-Geral da União (AGU) sustentou a constitucionalidade material do novo contrato laboral e a Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela improcedência.

O texto a seguir retrata a posição doutrinária dos autores acerca do pedido formulado na ação de controle concentrado de constitucionalidade.

## **2 ANÁLISE DO MÉRITO DA ADI 5.826/DF: DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME JURÍDICO CONTRATUAL DO TRABALHO INTERMITENTE INSTITUÍDO PELA LEI N. 13.467/2017**

### **2.1 DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE. CARACTERIZAÇÃO LEGAL. FIGURAS SIMILARES NO DIREITO COMPARADO. CONTRATOS ATÍPICOS NA LEGISLAÇÃO INTERNA**

A questão posta na ADI 5.826/DF diz respeito à aferição de legitimidade constitucional da figura do contrato de trabalho intermitente, concebido pelas normas

---

<sup>48</sup> Arts. 22 e seguinte da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999: “Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”.

impugnadas, à luz das normas da Constituição que disciplinam os direitos sociais fundamentais dos trabalhadores (CF/88, arts. 6º e 7º), dos princípios constitucionais que consagram, como fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV), a igualdade perante a lei, a proteção da confiança e a segurança jurídica (art. 5º, *caput*).

Essa análise desafia a compreensão do novo instituto jurídico, à luz da legislação infraconstitucional impugnada.

Segundo o art. 443, § 3º, da CLT:

Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, **não é contínua**, ocorrendo com **alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade**, determinados em horas, dias ou meses, **independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador**, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria (sem destaques no original).

Por sua vez, à luz do § 1º do art. 452-A da CLT, o empregado intermitente somente prestará trabalho quando for “convocado” pelo empregador, ocasião em que será “informado” da jornada a ser cumprida, com, pelo menos, três dias de antecedência do início das atividades:

§ 1º - O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, **informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência** (sem destaque no original).

Portanto, nos moldes disciplinados, o contrato de trabalho intermitente não implica obrigação patronal de oferecimento de trabalho, comportando ausência de estipulação prévia de um *quantum* mínimo periódico de trabalho, assim como, da jornada diária, semanal ou mensal a ser cumprida. Não obstante o art. 452-B, II, faculte a fixação de turnos de trabalho para os quais será o empregado convocado, a norma não garante a fixação de turno ou mesmo de jornada mínima, ficando a critério do empregador informar ao empregado, no ato de cada convocação para o trabalho, a jornada a ser por ele cumprida no período respectivo.

Outra característica fundamental do novo regime contratual é a remuneração proporcional ao tempo exclusivamente trabalhado, que pode ser mensurado em horas, dias ou meses (CLT, art. 443, § 3º, e art. 452-A, II), vedada a remuneração dos períodos intercalares de inatividade como tempo à disposição do empregador.

Nos termos do art. 452-C, § 2º, da CLT, impugnado, no:

[...] contrato de trabalho intermitente, o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador e não será remunerado, hipótese em que restará descaracterizado o contrato de trabalho intermitente caso haja remuneração por tempo à disposição no período de inatividade.

Por sua vez, conforme art. 452-C, *caput*, da CLT, “considera-se período de inatividade o intervalo temporal distinto daquele para o qual o empregado intermitente haja sido convocado e tenha prestado serviços” (CLT, art. 452-C-*caput*). Nesse quadro normativo, portanto, somente será intermitente o contrato de trabalho que desconsiderar, inclusive para efeito remuneratório, o tempo de inatividade intercalado entre os períodos de atividade.

Com essas disposições, o regime veda a remuneração dos períodos em que o empregado intermitente aguarda convocação, como tempo à disposição, assim considerado pelo art. 4º da CLT o tempo em que o empregado aguarda ordens do empregador<sup>49</sup> ou como tempo de “sobreaviso”, em que o empregado ferroviário permanece inativo em sua casa, ou de “prontidão”, em que permanece inativo na estrada, aguardando ordens do empregador, nestas hipóteses mediante remuneração reduzida a 1/3 e 2/3, respectivamente (CLT, art. 244, §§ 2º e 3º)<sup>50</sup>.

Nesses termos disciplinado, o regime do contrato de trabalho intermitente não oferece garantia remuneratória mínima ao trabalhador, garantindo apenas o pagamento do “valor da hora ou do dia de trabalho, que não poderá ser inferior ao valor horário ou diário do salário mínimo, assegurada a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno” (CLT, art. 452-A, III), e a isonomia salarial com os empregados que exerçam idêntica função (art. 452-A, § 12), proporcionalmente às horas ou dias trabalhados. Com isso, a legislação impugnada institui novo modelo remuneratório “variável por tempo de trabalho”, diverso da remuneração “variável por produção ou tarefa”, muito comum na disciplina jurídica do trabalho.

As notas principais desse regime contratual são, portanto, a ausência de garantia mínima de trabalho e remuneração; a descontinuidade ou intermitência da prestação laboral do trabalhador, quando convocado a trabalhar, a critério exclusivo do empregador, nos períodos por ele determinado; a remuneração estritamente proporcional ao tempo trabalhado e a ampla utilização do regime contratual,

---

<sup>49</sup>Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

<sup>50</sup>Art. 244 [...].

independentemente da natureza intervalar ou descontínua da atividade desenvolvida pelo empregador.

Não obstante sujeito a uma nova dinâmica contratual, diversa de todos os demais regimes de emprego constantes da legislação trabalhista, o labor desenvolvido no regime intermitente consiste em trabalho subordinado, pessoal, remunerado e não eventual, característico da relação de emprego, nos termos do art. 3º da CLT.<sup>51</sup> A própria legislação impugnada assim o define, ao se referir a trabalho subordinado, afastando a hipótese de trabalho eventual ou autônomo (CLT, art. 443, *caput*, e art. 452-A).

Considerando a intermitência do labor e a estrita proporcionalidade da remuneração, no contrato de trabalho intermitente os depósitos de FGTS são efetuados com base na remuneração efetivamente paga a cada mês, se houver (CLT, art. 452-H); o décimo terceiro salário e as férias serão pagos proporcionalmente, ao final de cada período (semanal ou mensal) de trabalho (art. 452-A, § 6º); o aviso prévio não será trabalhado, mas exclusivamente indenizado em valor correspondente à metade da média dos valores recebidos no curso do contrato (CLT, arts. 452-E c/c art. 452-F); as contribuições previdenciárias serão recolhidas pelo empregador sobre os valores remuneratórios pagos a cada mês, se houver (art. 452-H); não havendo remuneração no curso do mês ou sendo esta inferior ao salário mínimo mensal, caberá ao trabalhador recolher à Previdência Social a contribuição previdenciária integral ou a diferença necessária para alcançar a base de cálculo sobre o salário mínimo (CTL, art. 911-A, § 1º), sob pena do período respectivo não ser considerado “para fins de aquisição e manutenção de qualidade de segurado do Regime Geral de Previdência Social nem para cumprimento dos períodos de carência para concessão dos benefícios previdenciários” (art. 911-A, § 2º). Por fim, segundo o art. 452-E, § 2º, da CLT, o empregado intermitente não terá acesso ao seguro-desemprego em caso de dispensa imotivada.

No Direito Comparado, esse contrato de trabalho intermitente instituído pelas normas impugnadas encontra referência em modelos contratuais flexíveis de natureza semelhante e de uso recente no âmbito de reformas trabalhistas adotadas em países europeus, notadamente a partir da crise econômica de 2008: “uma modalidade de

---

<sup>51</sup>“Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza *não eventual* a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

flexibilidade absoluta, que faz o empregado trabalhar sob demanda, em função da necessidade da empresa”<sup>52</sup>.

Dos exemplos externos se colhe como traço comum, no entanto, certa restrição à sua utilização ou a necessidade de justificada ao uso do modelo contratual, por parte do empregador, tendo em vista as várias restrições que o tipo contratual ultraflexível impõe à relação de emprego como veículo de acesso aos meios materiais de subsistência do laborista e o sacrifício que impõe à proteção jurídica e social do trabalhador hipossuficiente, fundamento do Direito do Trabalho, que justifica sua existência com autonomia científica<sup>53</sup>.

Na Itália, o contrato de trabalho intermitente foi regulado principalmente pela *Legge Biagi*, Decreto Legislativo nº 276, de 10 de setembro de 2003 (atualmente está disposto no Decreto-Legislativo nº 81, de 15 de junho de 2015; seção II)<sup>54</sup>, sendo autorizado apenas para as atividades empresariais descontínuas ou intermitentes, conforme necessidade prevista em negociação coletiva e, mesmo assim, para “períodos predeterminados durante a semana, mês ou ano” (art. 13-1). A exceção a essa restrição consiste na possibilidade de se contratar pessoas desempregadas menores de 25 anos e maiores de 45 anos, em regime intermitente, a fim de facilitar seu ingresso ou reingresso ao mercado de trabalho<sup>56</sup>. Ademais, com exceção dos setores de entretenimento, turismo e serviços em locais abertos ao público, tal espécie de contrato só é permitida na Itália, para cada trabalhador, em face do mesmo empregador, por um período de 400 dias a cada três anos civis. Caso esse limite seja ultrapassado, o contrato

---

<sup>52</sup>MACHADO, Sidnei. A reforma trabalhista no Brasil a partir de uma perspectiva comparada das reformas da União Europeia. In: DELLAGRAVE NETO, José Afonso; KAJOTA, Ernani (Org.). **Reforma trabalhista ponto a ponto: estudos em homenagem ao Professor Luiz Eduardo Gunther**. São Paulo: LTr, 2018, p. 18.

<sup>53</sup>DRAY, Guilherme Machado Dray. **O Princípio da proteção do trabalhador**. Ltr: São Paulo, 2015.

<sup>54</sup>Disponível em: <https://www.cliclavoro.gov.it/NormeContratti/Contratti/Pagine/Contratto-di-lavoro-intermittente-o-a-chiamata.aspx>, acesso em 14 fev. 2018.

<sup>55</sup>Art. 34 do Decreto Legislativa nº 276/2013: 1. Os contratos de trabalho intermitentes podem ser celebrados para o desempenho de serviços de caráter descontínuo ou intermitente, de acordo com as necessidades identificadas pelas convenções coletivas estipuladas pelas associações de empregadores e por empregadores comparativamente mais representativos a nível nacional ou territorial ou, provisoriamente, pelo Ministro do Trabalho e das Políticas Sociais, com um decreto especial a ser adotado após seis meses a partir da data de entrada em vigor deste decreto legislativo (tradução livre e sem destaques no original). Disponível em: <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/03276dl1.htm>. Acesso em: 13 dez.2017.

<sup>56</sup>Art. 34 do Decreto Legislativa nº 276/2013: 2. Em termos experimentais, o contrato de trabalho intermitente também pode ser celebrado para os serviços prestados por pessoas desempregadas menores de 25 anos ou por trabalhadores com mais de 45 anos que foram expulsos do ciclo de produção ou são registrados nas listas de mobilidade e colocação. (tradução livre e sem destaques no original). Disponível em: <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/03276dl1.htm>. Acesso em: 13 dez. 2017.

passa a ser por tempo integral e por prazo indeterminado. Veda-se, ainda, a celebração de contrato de trabalho intermitente para substituir empregado em exercício do direito de greve; nas unidades em que se realizaram, nos seis meses anteriores, dispensa coletiva, salvo acordo sindical, ou em que há suspensão de relações ou redução de horário de trabalho; bem como por empresas que não se sujeitaram à avaliação de risco, nos termos da legislação<sup>57</sup>.

Em Portugal, o contrato de trabalho intermitente foi introduzido pelo Código de Trabalho de 2009, arts. 157º a 160º, restringindo-se a sua celebração às empresas que exerçam “atividade com descontinuidade ou intensidade variável” e que se caracterizam pela circunstância de a prestação de trabalho ser “intercalada por um ou mais períodos de inatividade” (art. 157º, nº1)<sup>58</sup>. Ainda assim, o Direito do Trabalho português assegura ao trabalhador intermitente o direito de auferir uma compensação retributiva nos períodos de inatividade, cujo montante deve ser definido em regulamentação coletiva; mas, na sua ausência, será, no mínimo, de 20% (vinte por cento) da retribuição base<sup>59</sup>.

Na Espanha, a legislação sobre o contrato de trabalho “fixo-descontínuo” é “ainda mais restritiva do que em Portugal”. A jurisprudência espanhola é no sentido de enquadrar a possibilidade de contratação intermitente em empresas cuja atividade seja, de fato, sazonal<sup>60</sup>, isto é, de “caráter cíclico”<sup>61</sup>. Além disso, os trabalhadores fixos-descontínuos não estão alijados do sistema de seguro-desemprego:

Esto se regula em el artículo 208.1.4. de la Ley General de Seguridad Social y em el artículo 1.5. del RD 625/1985: ‘Los períodos de inactividad propios y ordinários del trabajo fijo discontinuos on situaciones de desempleo

---

<sup>57</sup>BRAMANTE, Ivani Contini. Contrato Intermitente: “ubertrabalho e ultraflexiprecarização”. In: **Revista Científica Virtual – Reforma Trabalhista: Reflexões**. Escola Superior de Advocacia OAB/SP, edição 25, primavera, 2017, p. 9-42.

<sup>58</sup> AMADO, João Leal. **Contrato de Trabalho**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 145-154. A legislação está acessível em: [http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab\\_indice.html](http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_indice.html). Acesso em: 14 fev. 2018.

<sup>59</sup> AMADO, João Leal. **Contrato de Trabalho**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 145-154. LIMA, Francisco Gérson Marques. “Trabalho Intermitente”. Excola: Excelência em Formação Social. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6787-16-reforma-trabalhista/documentos/audiencias-publicas/luis-antonio-camargo-de-melo>.

<sup>60</sup>LIMA, Francisco Gérson Marques. “Trabalho Intermitente”. Excola: Excelência em Formação Social. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6787-16-reforma-trabalhista/documentos/audiencias-publicas/luis-antonio-camargo-de-melo.p.3>.

<sup>61</sup>AGUSTINA, Nuria Soto. **El contrato de trabajo fijo discontinuo**. Universidad Autónoma de Barcelona, 2013, p. 6. Disponível em: [https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2013/109765/TFG\\_nsotoagustina.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2013/109765/TFG_nsotoagustina.pdf). Acesso em: 14 fev. 2018.

protegidas, tanto em su modalidad contributiva como em la asistencia lo subsidiada<sup>62</sup>.

As condições de trabalho e a forma de “chamamento” dos trabalhadores podem ser densificadas por negociação coletiva<sup>63</sup>.

Na França, o trabalho intermitente também foi restrito aos “setores com flutuações significativas na atividade”<sup>64</sup>, sendo mais comum em atividades relacionadas ao turismo, espetáculos ou no setor agrícola<sup>65</sup>. Prevê o Código de Trabalho francês que esse contrato de trabalho pode ser celebrado nas empresas cobertas por uma convenção ou por um acordo de empresa ou de estabelecimento ou, na falta, por convenção ou acordo de extensão ampla; deve ser na forma de contrato escrito, com previsão de remuneração, duração mínima anual, períodos do trabalho e distribuição das horas de trabalho nesses períodos<sup>66</sup>. Aliás, sob pena de nulidade, por se tratar de exigência fundada em norma ordem pública, “o contrato de trabalho intermitente deve especificar o tempo de trabalho anual mínimo do empregado em questão”<sup>67</sup>. “Essas previsões asseguram um mínimo de horas, o que importa para a remuneração a ser percebida”<sup>68</sup>.

Já na Alemanha, o contrato de trabalho intermitente foi inserido na legislação pela “Lei de Promoção do Emprego” de 2003, a qual exige previsão contratual da duração específica de horas de trabalho semanais e diárias. Não sendo fixa a jornada de trabalho, considera-se a de 10 horas (por semana), devendo o empregador garantir, no mínimo, três horas de labor consecutivas (conforme: §12-1; da TzBfG)<sup>69</sup>.

---

<sup>62</sup> AGUSTINA, Nuria Soto. El contrato de trabajo fijo discontinuo”. Universidad Autónoma de Barcelona. 2013, p. 31. Acessível: [https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2013/109765/TFG\\_nsotoagustina.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2013/109765/TFG_nsotoagustina.pdf), em 14 fev. 2018.

<sup>63</sup> BRAMANTE, Ivani Contini. Contrato Intermitente: “ubertrabalho e ultraflexiprecarização”. In: **Revista Científica Virtual – Reforma Trabalhista: Reflexões**. Escola Superior de Advocacia OAB/SP, edição 25, primavera, 2017, p. 9-42.

<sup>64</sup>Disponível em: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2247>. Acesso em: 14 fev. 2018.

<sup>65</sup>Disponível em: <http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/contrats-et-carriere/contrats-de-travail/article/le-contrat-de-travail-intermittent>. Acesso: em 14 fev. 2018.

<sup>66</sup> BRAMANTE, Ivani Contini. Contrato Intermitente: “ubertrabalho e ultraflexiprecarização”. In: **Revista Científica Virtual – Reforma Trabalhista: Reflexões**. Escola Superior de Advocacia OAB/SP, edição 25, primavera, 2017, p. 9-42.

<sup>67</sup> Disponível em: <http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/contrats-et-carriere/contrats-de-travail/article/le-contrat-de-travail-intermittent>. Acesso em 14 fev. 2018.

<sup>68</sup>LIMA, Francisco Gérson Marques. “Trabalho Intermitente”. Excola: Excelência em Formação Social, p. 4. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6787-16-reforma-trabalhista/documentos/audiencias-publicas/luis-antonio-camargo-de-melo>.

<sup>69</sup>BRAMANTE, Ivani Contini. Contrato Intermitente: “ubertrabalho e ultraflexiprecarização”. In: **Revista Científica Virtual – Reforma Trabalhista: Reflexões**. Escola Superior de Advocacia OAB/SP, edição 25, primavera, 2017, p. 9-42. Vide: Gesetzüber Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge, Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/tzbfG/BJNR196610000.html>. Acesso em: 14 fev. 2018.

Na Inglaterra e nos Estados Unidos, o contrato de trabalho intermitente, também chamado de “contrato de chamada” ou “contrato zero-hora” (*on-call work; zero-hour contracts*), é uma modalidade precária e liberal de trabalho, no qual o empregado presta serviços de pouca duração, tendo conhecimento da escala de trabalho com pouco tempo de antecedência e com grandes oscilações nas horas de trabalho. O trabalhador celebra um contrato de trabalho no qual não há, via de regra, garantias de remuneração e/ou de horas mínimas de labor.

O modelo contratual vem sendo objeto de fortes críticas internacionais, inclusive pela Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>70</sup>, mormente pelas consequências decorrentes da incerteza e da insegurança relativamente à contratação e à renda a ser auferida pelo trabalhador, sujeitando-lhe a situação de possível insubsistência financeira e alimentar, no plano pessoal, familiar e social. Conforme adverte a OIT:

O trabalho de “pré-chamada”, incluindo “contratos de horário zero”, pode representar desafios de horas de trabalho imprevisíveis e insuficientes e redução de ganhos - tanto mais se os trabalhadores não se beneficiam da igualdade de tratamento com trabalhadores em tempo integral em termos de remuneração. Os trabalhadores em turno também podem enfrentar dificuldades em equilibrar o trabalho com a vida pessoal devido à potencialmente alta variabilidade dos horários de trabalho<sup>71</sup>.

Por força desse potencial danoso à condição social do trabalhador, tem-se constatado movimento nos Estados Unidos, no plano da autonomia legislativa de seus estados federados, para minimizar os impactos negativos desse tipo de contratação para os trabalhadores, como já o fizeram, por exemplo, o Estado da Califórnia e o Distrito de Columbia, os quais estabeleceram a obrigação de pagamento de um valor mínimo mensal aos empregados intermitentes, mesmo quando a jornada exercida não se afigura suficiente para a respectiva retribuição<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup>On-call work and “zero hours” contracts”; In: [http://www.ilo.org/travail/info/fs/WCMS\\_170714/lang—en/index.htm](http://www.ilo.org/travail/info/fs/WCMS_170714/lang—en/index.htm). Acesso em 14 fev. 2018. “Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects”. Disponível em: [http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_534122/lang—en/index.htm](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_534122/lang—en/index.htm); Acesso em: 14 fev. 2018.

<sup>71</sup> What are part-time and on-call work. Disponível em: [http://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/WCMS\\_534825/lang—en/index.htm](http://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/WCMS_534825/lang—en/index.htm). Acesso em: 15 fev. 2018. Ainda: BIANVASCHI, Magda Barros. “A reforma trabalhista no Brasil em tempos de acirramento das desigualdades sociais à ação de um capitalismo ‘sem peias’”. In: **Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as Reformas Trabalhista e Previdenciária**. MELO, Raimundo Simão; DA ROCHA, Cláudio Jannotti (coord). LTR: São Paulo, p. 120 e seg.

<sup>72</sup>BRAMANTE, Ivani Contini. “Contrato Intermitente: ‘ubertrabalho e ultraflexiprecarização’”. In: **Revista Científica Virtual – Reforma Trabalhista: Reflexões**. Escola Superior de Advocacia OAB/SP, edição 25, primavera, 2017, p. 9-42.



Observa-se, pois, que na maioria dos países referidos, que adotam o modelo de trabalho intermitente, a legislação impõe algumas contenções ao seu uso, seja em razão da natureza da atividade empresarial sazonal, cíclica e descontínua da empresa empregadora, seja com o estabelecimento de prazo máximo de duração do pacto, seja com a limitação do universo de trabalhadores que podem ser sujeitos ao pacto. Conjugadas com essas limitações de ordem subjetiva e temporal, também são comuns garantias mínimas de ordem material, a fim de conferir grau razoável de previsibilidade e segurança jurídica e social ao empregado intermitente, a exemplo da fixação legal de jornada semanal mínima de trabalho ou de remuneração mínima mensal, independentemente da jornada realizada, para além de acesso aos direitos de seguridade social, de forma contributiva ou assistencial<sup>73</sup>. Ainda assim, em países de feição mais liberal, como a Inglaterra e os Estados Unidos, a adoção do contrato de trabalho “zero hora” tem sido alvo de intensa crítica, ao argumento de que acarreta elevação da miserabilidade, a redução drástica de salários e o aumento da desigualdade social<sup>74</sup>.

No Brasil, no bojo da denominada reforma trabalhista levada a cabo pela Lei 13.467/2017, o legislador optou por versão ultraflexível do contrato de trabalho sob demanda, autorizando sua utilização na atividade empresarial comum e ordinária, em concorrência direta com o regime de emprego por tempo indeterminado e sem garantia de jornada e remuneração mínima mensal. Com isso, o novo contrato de trabalho intermitente rompe com a natureza excepcional que até então a legislação nacional conferiu às modalidades contratuais flexíveis, como ocorre com o contrato de trabalho por prazo determinado (CLT, art. 443, § 1º), o contrato em regime de tempo parcial (CLT, art. 58-A) e o contrato de trabalho temporário (Lei 6.019/1974).

Diversamente do novo regime intermitente, o contrato por prazo determinado implica absoluta previsão da jornada de trabalho, da remuneração e seus direitos reflexos (FGTS, décimo terceiro, férias etc.), e, especialmente, implica previsão do próprio termo contratual, único aspecto em que, rompendo com o princípio da continuidade do vínculo de emprego, difere-se do contrato por tempo

---

<sup>73</sup>Críticas internacionais ao modelo contratual: <https://www.theguardian.com/uk-news/2016/sep/08/uk-workers-zero-hours-contracts-rise-tuc>; <http://www.telegraph.co.uk/business/2017/05/11/almost-one-million-britons-zero-hours-contracts-dont-want-work/>; <http://theconversation.com/mcdonalds-concession-on-zero-hours-contracts-is-a-boost-for-unions-and-the-labour-party-76734>. Acesso em 15 fev. 2018.

<sup>74</sup>Críticas internacionais são visíveis: <https://www.theguardian.com/uk-news/2016/sep/08/uk-workers-zero-hours-contracts-rise-tuc>; <http://www.telegraph.co.uk/business/2017/05/11/almost-one-million-britons-zero-hours-contracts-dont-want-work/>; <http://theconversation.com/mcdonalds-concession-on-zero-hours-contracts-is-a-boost-for-unions-and-the-labour-party-76734>. Acesso em: 15 fev. 2018.

indeterminado<sup>75</sup>. Por conta desse rompimento, exatamente, o contrato por prazo determinado somente é permitido nas estritas hipóteses do art. 443, § 2º, da CLT: “serviços cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo” (a), “atividades empresariais de caráter transitório” (b) e “contrato de experiência” (c)<sup>76</sup>. O contrato de trabalho intermitente, por sua vez, segundo o novo § 3º do novo art. 443 da CLT, pode ser utilizado “independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador”, o que implica autorização para seu uso indiscriminado, independente da natureza transitória da atividade empresarial ou do serviço.

O contrato de trabalho intermitente ainda se distancia enormemente do contrato de “trabalho em regime de tempo parcial”, disciplinado pelo art. 58-A da CLT<sup>77</sup>, que consiste em contrato comum de trabalho, por tempo determinado ou indeterminado, apenas sujeito a jornada previamente contratada em tempo parcial, com consequente proporcionalidade salarial em relação à remuneração dos demais empregados que, na mesma função, cumprem jornada integral (CLT, art. 58-A, § 1º). Diversamente da nova figura do trabalho intermitente, no contrato a tempo parcial a jornada é previamente fixada (em “até trinta horas semanais, sem a possibilidade de horas suplementares semanais”, ou em “até vinte e seis horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais” - CLT, art. 58-A, *caput*), o que implica previsibilidade e continuidade do trabalho, com consequente garantia e previsibilidade remuneratória. Nesse regime de jornada parcial, o trabalhador dispõe de parte livre

---

<sup>75</sup>Segundo Américo Plá Rodriguez, “para compreender este princípio devemos partir da base que o contrato de trabalho é um contrato de trato sucessivo, ou seja, que a relação de emprego não se esgota mediante a realização instantânea de certo ato, mas perdura no tempo. A relação empregatícia não é efêmera, mas pressupõe vinculação que se prolonga”. RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**, LTr: São Paulo, 2003, p. 239 e s.

<sup>75</sup>§ 2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando: a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; b) de atividades empresariais de caráter transitório; c) de contrato de experiência.

Lei n. 9.601/1998: “Art. 1º As convenções e os acordos coletivos de trabalho poderão instituir contrato de trabalho por prazo determinado, de que trata o art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, independentemente das condições estabelecidas em seu § 2º, em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento, para admissões que representem acréscimo no número de empregados.”

<sup>76</sup>§ 2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando: a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; b) de atividades empresariais de caráter transitório; c) de contrato de experiência.

Lei n. 9.601/1998: “Art. 1º As convenções e os acordos coletivos de trabalho poderão instituir contrato de trabalho por prazo determinado, de que trata o art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, independentemente das condições estabelecidas em seu § 2º, em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento, para admissões que representem acréscimo no número de empregados.”

<sup>77</sup>Art. 58-A. Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a trinta horas semanais, sem a possibilidade de horas suplementares semanais, ou, ainda, aquele cuja duração não exceda a vinte e seis horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais.

previsível de seu tempo, podendo comprometê-lo para o desenvolvimento de outra atividade laboral, inclusive outro emprego, com vistas à complementação de sua renda, diversamente do trabalho intermitente, que, em face da imprevisibilidade das convocações para o trabalho, a critério do empregador, não comporta, na prática, conciliação com outra fonte empregatícia de renda.

Em regime de garantia mínima, a intermitência também se distancia enormemente da figura do trabalho temporário, disciplinado pela Lei 6.019/1974, com alterações promovidas pela Lei 13.429/2017. O regime de trabalho temporário consiste em intermediação de mão de obra de uma empresa de trabalho temporário a uma empresa tomadora “para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços” (art. 2º), assim considerada a demanda que “seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal” (art. 2º, § 2º). O contrato temporário não pode exceder o prazo de 180 (cento e oitenta) dias em relação ao mesmo empregador (art. 10, § 1º), prorrogável por até 90 (noventa) dias quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram (art. 10, § 2º). Ao empregado temporário a norma jurídica garante direitos idênticos aos dos empregados da empresa tomadora, inclusive “remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional” (art. 12, a), além da proteção previdenciária integral (art. 12, h).

Esses elementos iniciais demonstram que o contrato de trabalho intermitente constitui o mais flexível regime de contratação de emprego já disciplinado pelo legislador ordinário, no Brasil, transferindo para o trabalhador o risco integral da demanda variável de trabalho, na medida da demanda de produção pelo mercado. Conforme se demonstrará a seguir, esse regime jurídico é incompatível com direitos fundamentais trabalhistas e previdenciários assegurados ao trabalhador pela Constituição de 1988 e por normas internacionais incorporadas à legislação interna, especialmente os direitos ao trabalho, ao salário mínimo e à cobertura previdenciária (CR/88, arts. 1º, IV, 3º, I e III, 7º, I, II, III, IV, VII, XI, XXIV, XXXI, XXXIV; 170, III e VIII, 193, 201, 239; ADCT, art. 10, I; e Convenções 95, 111 e 168 da OIT); implica ofensa ao complexo normativo do Estado de Direito, por violação aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da igualdade perante a lei (CR/88, arts. 1º

e 5º, *caput*), e, por fim, incorre em desvio de finalidade legislativa, com violação ao princípio da proporcionalidade. Vejamos.

## **2.2 DO DIREITO FUNDAMENTAL AO SALÁRIO MÍNIMO PERIÓDICO. GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL**

A ausência de garantia de jornada mínima de trabalho e de correspondente remuneração mínima periódica (CLT, art. 443, § 3º), aliada à impossibilidade de remuneração dos períodos intercalares em que o empregado aguarda chamadas de serviço (CLT, art. 452-C)<sup>78</sup>, acarreta para o empregado intermitente profunda insegurança jurídica quanto à própria execução do trabalho e, via de consequência, quanto ao recebimento de renda mínima necessária à sua substância e de sua família, ensejando a desorganização econômica e social de sua vida privada<sup>79</sup>.

Essa característica do contrato de trabalho intermitente afronta o direito fundamental do trabalhador submetido a relação de emprego (CR/88, art. 7º, I) ao recebimento de um “salário mínimo capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família”, mesmo “para os que percebem remuneração variável”, conforme dispõem os incisos IV e VII do art. 7º da Constituição:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

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

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável.

---

<sup>78</sup>Art. 452-C. Para fins do disposto no § 3º do art. 443, considera-se período de inatividade o intervalo temporal distinto daquele para o qual o empregado intermitente haja sido convocado e tenha prestado serviços nos termos do § 1º do art. 452-A.

§ 1º Durante o período de inatividade, o empregado poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviço, que exerçam ou não a mesma atividade econômica, utilizando contrato de trabalho intermitente ou outra modalidade de contrato de trabalho.

§ 2º No contrato de trabalho intermitente, o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador e não será remunerado, hipótese em que restará descaracterizado o contrato de trabalho intermitente caso haja remuneração por tempo à disposição no período de inatividade.

<sup>79</sup>DELGADO. Maurício Godinho. DELGADO. Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil com comentários à Lei n. 13.467/2017**. LTr: São Paulo, p. 154: “O contrato de trabalho intermitente, ... - busca romper com dois direitos e garantias justralhistas importantes, que são da estrutura central do Direito do Trabalho: a noção de duração do trabalho (e de jornada) e a noção de salário.”

A garantia de recebimento de salário mínimo mensal funda-se no direito de subsistência do empregado, decorrente da legítima expectativa contratual de demanda de trabalho suficiente para lhe conferir contraprestação pecuniária mínima indispensável à satisfação de suas necessidades vitais básicas e de sua família. Esta é a razão fundamental da garantia fundamental de salário nunca inferior ao mínimo legal, mesmo para aqueles trabalhadores que percebem remuneração variável (CR/88, art. 7º, VII).

A autoaplicabilidade da norma do art. 7º, IV, da Constituição, é afirmada por Luís Roberto Barroso, não apenas, segundo o autor, porque o *caput* do dispositivo refere-se expressamente a um direito assegurado, como também “porque o preceito descreve a utilidade a ser fruída – salário capaz de satisfazer as necessidades vitais básicas de um trabalhador e sua família – e especifica, embora de modo implícito, a conduta devida: “pagar salário que atenda aos requisitos enunciados”<sup>80</sup>.

Essa garantia encontra guarida na Convenção 131 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1970, que trata da fixação de salários mínimos, ratificada pelo Brasil em 1983<sup>81</sup>. Por meio dessa Convenção, em seu artigo 1º, item I, o Brasil se comprometeu “a estabelecer um sistema de salários mínimos que proteja todos os grupos de assalariados cujas condições de trabalho forem tais que seria aconselhável assegurar-lhes a proteção”<sup>82</sup>. Segundo essa norma internacional, os salários mínimos, que “terão força de lei e não poderão ser diminuídos” (artigo 2º, item I), serão fixados considerando “as necessidades dos trabalhadores e de suas famílias, tendo em vista o nível geral dos salários no país, o custo da vida; as prestações de previdência social e os níveis de vida comparados de outros grupos sociais”(artigo 3º, alínea a)”<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup>BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 147.

<sup>81</sup>Decreto Legislativo nº 110, de 1982; Decreto nº 89.686, de 22 mai. 1984. Estipula tal convenção internacional.

<sup>82</sup> ARTIGO 1º. Todo Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratificar a presente Convenção comprometer-se-á a estabelecer um sistema de salários mínimos que proteja todos os grupos de assalariados cujas condições de trabalho forem tais que seria aconselhável assegurar-lhes a proteção.

<sup>83</sup> ARTIGO 2º. Os salários mínimos terão força de lei e não poderão ser diminuídos; sua não-aplicação acarretará a aplicação de sanções, penais ou outras, apropriadas contra a pessoa ou as pessoas responsáveis”.

ARTIGO 3º. Os elementos tomados em consideração para determinar o nível dos salários mínimos deverão, na medida do que for possível e apropriado, respeitadas a prática e as condições nacionais, abranger:

a) as necessidades dos trabalhadores e de suas famílias, tendo em vista o nível geral dos salários no país, o custo da vida; as prestações de previdência social e os níveis de vida comparados de outros grupos sociais.

Ao ratificar a Convenção 95 da OIT, de 1949, por sua vez, o Brasil assumiu o compromisso de garantir periodicidade regular do pagamento de salário aos trabalhadores. Segundo o artigo 12, item I, da Convenção, “o salário será pago em intervalos regulares” prescritos pela legislação nacional ou fixados por convenção coletiva ou sentença arbitral. Em sintonia com a norma internacional, a legislação trabalhista brasileira não admite periodicidade de pagamento de salário superior a um mês (CLT, art. 459)<sup>84</sup>, enquanto as normas que disciplinam o valor do salário mínimo nacional o fazem considerando a periodicidade mensal<sup>85</sup>.

Dessas normas constitucionais e convencionais se extrai a presença de dois aspectos essenciais ao salário, no âmbito da relação de emprego: **(i)** o valor mínimo indispensável à satisfação das necessidades vitais do trabalhador, fixado por lei ou por norma coletiva, e **(ii)** o seu pagamento periódico, de modo a viabilizar a permanente satisfação dessas necessidades.

Amauri Mascaro Nascimento deixou valiosa lição doutrinária acerca do tema, acentuando a periodicidade do salário como requisito indispensável do contrato de trabalho e sem o qual não se configura a relação de emprego, do que decorre tratar-se de “um ato jurídico de trato sucessivo, da mesma forma que o é a própria relação de emprego que lhe dá origem”. Nesse sentido, diz o autor, a continuidade do pagamento, “mais que a mera técnica de identificação do salário, é um princípio do direito salarial”, *in verbis*:

Como o salário é o principal elemento do contrato de trabalho, tanto que nossa lei (CLT, art. 3º) considera empregado toda pessoa física prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário, **sem salário não há contrato de trabalho**, com o que é possível mostrar toda a sua importância, fundamental para que se configure o vínculo empregatício.

(...)

É possível situar um conjunto de medidas num plano de princípios universais, com base nas proposições adotadas pela Organização Internacional do Trabalho e que estão consubstanciadas na **Convenção 95, denominada “Convenção para a Proteção do salário”, de 1949**, de cujos principais pontos ressaltamos os seguintes: (...)

**j) os salários serão pagos em intervalos regulares; (...)**

---

<sup>84</sup>CLT, art. 459 - O pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações. O padrão mensal de pagamento é também utilizado para os vencimentos dos servidores públicos e os beneficiários da previdência social.

<sup>85</sup>V. Lei 13.152, de 29 de julho de 2015, que “Dispõe sobre a política de valorização do salário-mínimo e dos benefícios pagos pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) para o período de 2016 a 2019”. Não sem razão, o padrão mensal é o utilizado (arts. 1º-§§1º e 2º).

**Salário é um pagamento periódico e contínuo** e que por ter essa característica torna-se um **meio indispensável para que o trabalhador faça frente aos gastos sucessivos destinados à sua subsistência**. Há, assim, uma relação direta entre salário e despesa não econômica diante da insuficiência do valor do salário; mas jurídica, o que é explicado pela **teoria da periodicidade**. Não é salário o pagamento sem essa correspondência jurídica com o eventual e esporádico. Pode-se, nesse sentido, dizer que salário é um ato jurídico de trato sucessivo, da mesma forma que o é a própria relação de emprego que lhe dá origem.

**A continuidade mais se evidencia diante da periodicidade mensal do pagamento**, embora possa, por exceção, haver salário pago em períodos maiores por expressa disposição de lei. Se pago em períodos menores, acentua-se mais ainda a sua natureza salarial.

**O salário é uma figura de execução continuada ou periódica, protraindo-se no tempo, no qual é inconcebível a sua execução num só ato**, embora possa ser salário um único pagamento recebido do empregador num contrato de trabalho de duração inferior a mensal.

**A sua execução é distribuída no tempo, sendo este o seu caráter peculiar. O tempo** ser não tanto para determinar o momento do início da execução, mas **é um elemento essencial e não acessório** relacionado com a quantidade de prestações. **A execução do contrato e o pagamento ao assalariado são distribuídos e reiterados no tempo**. Assim, *continuidade* é mais que a mera técnica de identificação do salário, é um *princípio* do direito salarial” (sem destaques no original)<sup>86</sup>.

À luz das normas constitucionais que regulam o trabalho, o salário (CR/88, art. 7º, IV) pode ser fixado por unidade de tempo, considerando a jornada máxima permitida (art. 7º, XIII), por unidade de produção ou pela conjugação de ambos os fatores (denominado salário-tarefa)<sup>87</sup>; mas, em qualquer dessas hipóteses, sendo variável, seu valor não pode ser inferior ao mínimo legal, segundo disposição do art. 7º, VII, da Constituição. Interpretando essa norma, registrou Amauri Mascaro Nascimento que “tudo o quanto se exige é que, no final do mês, a quantia a receber nunca seja inferior ao salário mínimo, e se for, o empregador deverá completá-lo para atingir o salário mínimo”<sup>88</sup>.

Exatamente em face dessa essencialidade à sobrevivência do trabalhador, a Constituição atribui ao legislador ordinário a “proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa” (CR/88, art. 7º, X), e a doutrina identifica como atributos do salário a imperatividade, a irrenunciabilidade e a intransacionalidade<sup>89</sup>.

Não por outra razão, identifica-se o salário mínimo como direito indisponível, inclusive, à negociação coletiva, noção que restou acolhida pelo STF no julgamento do RE 590.415/SC, Relator Ministro Roberto Barroso, no qual se ventila, com base em doutrina

---

<sup>86</sup>NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Salário – Conceito e Proteção**. LTr: São Paulo, p. 36 ss -78ss.

<sup>87</sup>DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13ª ed. São Paulo, 2014, pp. 772.

<sup>88</sup> NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Salário – conceito e proteção**. LTr: São Paulo, 2008, p. 168.

<sup>89</sup> Idem, p. 166.

especializada, que estariam protegidos contra a negociação *in pejus* os direitos que correspondam a um patamar civilizatório mínimo, dentre os quais, recebimento do salário mínimo<sup>90</sup>.

Na verdade, o constituinte estabeleceu um sistema de proteção social vinculado à garantia de renda mínima aos trabalhadores, que não se esgota nos incisos IV e VI do artigo 7º da Constituição, estendendo-o ao seguro-desemprego, devido aos trabalhadores em situação de desemprego involuntário, e aos benefícios previdenciários que substituem o rendimento do segurado incapacitado para o trabalho (a exemplo do auxílio-doença, auxílio-acidente, licença-maternidade etc.), cujos valores não poderão ser inferiores ao salário mínimo mensal, conforme expressa disposição do art. 203, III e § 2º, da Carta Magna.

Nesse sentido, o direito fundamental à percepção de uma renda mínima pelo trabalho integra o conteúdo do mínimo existencial, noção apanhada da jurisprudência germânica e compreendida por Ricardo Lobo Torres como o conjunto de “condições mínimas para a existência humana”, que, integrando o rol dos direitos humanos, assenta raízes nos valores do respeito à dignidade humana, da cláusula do Estado Social de Direito e, principalmente, da liberdade<sup>91</sup>. Trata-se de direito que apresenta um *status negativus*, na medida em que tem por objeto a proteção contra ingerências do Estado na autodeterminação do indivíduo, e um *status positivus libertatis*, na medida em que o exercício da liberdade depende, reconhecidamente, de alguma segurança material<sup>92</sup>.

Densa doutrina dos direitos fundamentais reconhece o mínimo existencial como pressuposto para o exercício (real) da liberdade, tanto na esfera privada quanto em

---

<sup>90</sup> “Por fim, de acordo com o princípio da adequação setorial negociada, as regras autônomas juscoletivas podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo, mesmo que sejam restritivas dos direitos dos trabalhadores, desde que não transacionem setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade absoluta. Embora, o critério definidor de quais sejam as parcelas de indisponibilidade absoluta seja vago, afirma-se que **estão protegidos contra a negociação *in pejus* os direitos que correspondam a um ‘patamar civilizatório mínimo’, como a anotação da CTPS, o pagamento do salário mínimo, o repouso semanal remunerado, as normas de saúde e segurança do trabalho, dispositivos antidiscriminatórios, a liberdade de trabalho etc.** Enquanto tal patamar civilizatório mínimo deveria ser preservado pela legislação heterônoma, os direitos que o excedem sujeitar-se-iam à negociação coletiva, que, justamente por isso, constituiria um valioso mecanismo de adequação das normas trabalhistas aos diferentes setores da economia e a diferenciadas conjunturas econômicas” (sem destaque no original). STF. RE 590.415/SC, Rel. Min. Roberto Barroso. DJe 28/05/2015.

<sup>91</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

<sup>92</sup> *Idem*, pp. 35. O autor enfatiza que o *status positivus* em jogo é o *libertatis*, que não deve ser confundido com o *status positivus socialis*, o qual se constitui “pelas prestações estatais entregues para a proteção dos direitos econômicos e sociais e para a seguridade social”, relacionados com o valor justiça e que dependem das condições socioeconômicas (*Idem*, p. 40).



âmbito público. Acolhem esse fundamento, com vieses específicos, John Rawls<sup>93</sup>, Friedrich Hayek<sup>94</sup>, Amartya Sen<sup>95</sup>, Robert Alexy<sup>96</sup> e Carlos Santiago Nino<sup>97</sup>. No Brasil, exemplificativamente, Ricardo Lobo Torres<sup>98</sup>, Fernando Facury Scafe<sup>99</sup> e Daniel Sarmiento<sup>100</sup>.

Condição indispensável à existência humana digna, saudável e autônoma, o trabalho constitui direito fundamental social (CR/88, arts. 1º, IV, 5º, XIII e 6º) e seu rendimento mínimo, fixado por lei ou negociação coletiva, para além de direito humano positivado, integra a noção do mínimo existencial, porque indispensável ao sustento material básico do trabalhador e de sua família<sup>101</sup>. Por isso, inclusive, a noção constitucional do salário mínimo, presente no art. 7º, IV, da Constituição, evidencia o rol das prestações mínimas que o salário deve prover ao trabalhador, referindo-se a um rendimento “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

Nessa esteira, Marcelo Tavares também aponta a renda mínima pelo trabalho como condição mínima necessária para conferir dignidade à pessoa em atividade<sup>102</sup> e Eurico Bittencourt Neto aponta o art. 7º, IV, da Constituição, como balizador do direito fundamental ao mínimo existencial remuneratório, *in verbis*:

---

<sup>93</sup>RAWS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997; RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000; RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>94</sup>HAYEK, Friedrich August Von. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**. São Paulo: Visão, 1985. v. 2 – A miragem da justiça social. p. 82-128.

<sup>95</sup>SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. Rev. Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

<sup>96</sup>ALEXYS, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva: Malheiros, 2008.

<sup>97</sup>Nino, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. ampl. e rev. Buenos Aires: Astrea, 2007. NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

<sup>98</sup>TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

<sup>99</sup>SCAFE, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: **Interesse Público**. Porto Alegre, ano 7, n. 32, jul./ago. 2005.

<sup>100</sup>SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana – conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 190.

<sup>101</sup> Como exemplos dos direitos fundamentais sociais mais básicos do ser humano, que integram o mínimo existencial, Cristina Queiroz cita o trabalho, a saúde e a educação, que devem ser tomados como direitos subjetivos na parcela eminentemente necessária para o respeito à dignidade humana. QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 173 e 214.

<sup>102</sup>TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e assistência social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 77.

Os direitos fundamentais, em especial os direitos sociais diretamente ligados à garantia de meios mínimos de subsistência, são parâmetros vinculantes da definição do conteúdo do direito ao mínimo existencial. Reconhecer este direito significa deixar claro que determinadas dimensões de direitos e prestações têm aplicabilidade direta e, em regra, não se condicionam pela reserva do caixa financeiro do Estado, quando esteja em risco uma existência humana digna, ou o respeito pela dignidade inerente à vida humana. [...]

Um exemplo de parâmetros para a definição de necessidades básicas que compõem o conteúdo do mínimo existencial é art. 7º, IV, da Constituição brasileira de 1988, que estabelece, no rol de direitos dos trabalhadores, o direito ao salário mínimo, “capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. Apesar de a ideia de salário mínimo atender a finalidade distinta daquela visada pelo direito ao mínimo existencial, tal norma constitucional permite estabelecer as bases do que se considera hoje, numa sociedade como a brasileira, indispensável para uma existência digna: alimentação, moradia, ensino fundamental, saúde básica, vestuário, além do acesso à Justiça, direito instrumental indispensável à eficácia dos direitos fundamentais<sup>103</sup>.

O direito a uma remuneração mínima e justa, compatível com a satisfação das necessidades materiais do trabalhador, consiste em direito humano reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)<sup>104</sup> e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).<sup>105</sup> Interpretando as normas que integram o PIDESC, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU) afirmou ser dever dos Estados garantirem “níveis essenciais mínimos” de cada um dos direitos sociais previstos no instrumento, o que também corresponde ao reconhecimento de um mínimo existencial intransponível, sob pena de violação à condição humana<sup>106</sup>.

É sólida a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em reconhecer a inconstitucionalidade por omissão de comportamento estatal que frustra a implementação de direitos fundamentais de segunda geração, identificados com as liberdades positivas, inclusive com superação da reserva do financeiramente possível, quando constatado arbítrio estatal aniquilador do direito ao mínimo existencial. Decisões nesse sentido amparam pedidos de implementação dos direitos sociais

---

<sup>103</sup>BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 98 e 121-122.

<sup>104</sup>Art. XXV-1: “a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis (...)”.

<sup>105</sup>Art. 11-1: “de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida”.

<sup>106</sup>COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. Comentário Geral nº 03: artigo 2º, número 1 (a natureza das obrigações dos Estados Partes). Quinta sessão, 1990. Disponível em: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHTimor-Leste-portugues.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2018.

fundamentais à saúde (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello; ARE 727.864/PR, Rel. Min. Celso de Mello; RE 642.536/AP, Rel. Min. Luiz Fux; RE 745.745/MG, Rel. Min. Celso de Mello), ao atendimento de gestantes em maternidades estaduais (ARE 581.352/AM, Rel. Min. Celso de Mello), à instalação de rede de esgoto (ARE 949.214/RJ, Rel. Min. Edson Fachin), à implementação de serviço de educação básica (RE 878.400/RS, Rel. Min. Luiz Fux; ARE 761.127/AP, Rel. Min. Roberto Barroso) e de segurança pública (ARE 723.578/RN, Rel. Min. Rosa Weber), atendimento infantil em creche e em pré-escola (RE 410.715/SP, Rel. Min. Celso de Mello; ARE 639.337-AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello; ARE 698.258/SP, Rel. Min. Teori Zavascki), dentre outros.

Julgado paradigmático do STF a respeito da garantia de renda mínima como conteúdo do mínimo existencial se encontra no RE 567.985/MT, Relator o Ministro Marco Aurélio, redator o Ministro Gilmar Mendes, em que o STF reputou inconstitucional o critério de renda mensal *per capita* de 1/4 (um quarto) do salário mínimo, fixado pelo § 3º do art. 20 da Lei 8.742/1993 (Lei de Orgânica da Assistência Social), para concessão do benefício assistencial de um salário mínimo mensal previsto art. 203, V, da Constituição, destinado à pessoa portadora de deficiência e ao idoso “que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”<sup>107</sup>.

No caso, a Corte constatou ocorrência do fenômeno de inconstitucionalização da norma legal, em face de sucessivas elevações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais, o que teria tornado o critério concessivo do benefício constitucional violador da isonomia (CR/88, art. 5º, *caput*) e da dignidade da pessoa humana (CR/88, art. 1º, III).

Para chegar a essa conclusão, o STF valeu-se de sólida argumentação presente no voto do Ministro Marco Aurélio, ancorada em variada composição doutrinária acerca do reconhecimento de um direito subjetivo de natureza pública à esfera de proteção material básica, que integra o mínimo existencial sujeito à proteção do Estado como condição essencial à construção de uma sociedade democrática. Em doutrina de Ana Paula Barcellos buscou-se a noção que reputa impossível a ponderação do principíoda dignidade da pessoa

---

<sup>107</sup>Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

humana de forma irrestrita, “ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância”, noção que, no caso concreto, conduziu à superação da regra legal (§ 3º do art. 20 da Lei 8.742/1993) em favor do critério analógico mais amplo de concessão do benefício de um salário mínimo aos idosos e deficientes físicos carecedores de recursos (CR/88, art. 203, V), *in verbis*:

[...] não se pode negar a relação entre a dignidade e (i) a proteção jurídica do indivíduo simplesmente por ostentar a condição humana e (ii) o reconhecimento de uma esfera de proteção material do ser humano, como condição essencial à construção da individualidade e à autodeterminação no tocante à participação política. Com base nessa visão, conclui-se que **existe certo grupo de prestações essenciais básicas que se deve fornecer ao ser humano para simplesmente ter capacidade de sobreviver e que o acesso a tais bens constitui direito subjetivo de natureza pública. A isso a doutrina vem denominando mínimo existencial.**

**Ora, a eliminação dessa forma aguda de pobreza é pré-condição da construção de uma sociedade verdadeiramente democrática, da estabilidade política, enfim, do desenvolvimento do país como um todo. Sem condições materiais, não pode haver um cidadão pleno, apto a participar nos debates públicos, a produzir argumentos e críticas.** Se há algum consenso no âmbito da filosofia moral, é a respeito da existência do dever do Estado de entregar um conjunto de prestações básicas necessárias à sobrevivência do indivíduo, reconhecida tanto pelos defensores do liberalismo, entre os quais se destaca John Rawls (*Liberalismo político*, 1999, pp. 32-33), como por aqueles que extraem os direitos fundamentais da teoria do discurso, caso de Jürgen Habermas (*Direito e democracia entre facticidade e validade*, v. I, 2006, pp. 159-160). Mesmo os que defendem a integração maior entre o Direito e a comunidade, conferindo a esta papel preponderante na definição dos limites dos direitos fundamentais, não escapam a essa compreensão. A propósito, afirma o filósofo do Direito Michael Walzer:

Nenhuma comunidade pode permitir que seus membros morram de fome quando há alimentos disponíveis para eles; nenhum governo pode permanecer passivo numa ocasião dessas – se alega ser governo da comunidade, por ela e para ela (*Esferas de justiça – uma defesa do pluralismo e da igualdade*, 2003, p. 105).

A visão está igualmente no direito brasileiro, do qual cito as obras de Ana Paula de Barcellos (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2008), Ingo Wolfgang Sarlet (*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2010), Ricardo Lobo Torres (*O direito ao mínimo existencial*, 2009) e Maria Celina Bodin de Moraes (“O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: *Constituição, direitos fundamentais e direitos privados*, 2003, pp. 105-147). **Com diferentes pressupostos, todos concordam com a necessidade de proteção do mínimo existencial.** Sobre o tema, ensina Ana Paula de Barcellos:

Ao lado do campo meramente político, uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. (...) **Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância: também a ponderação tem limites.** (*A eficácia jurídica dos*

princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa *humana*, 2008, p. 282). (sem destaques no original)<sup>108</sup>.

Tais fundamentos autorizam o reconhecimento de que o salário mínimo garantido ao trabalhador pelo art. 7º, IV e VII, da Constituição, por idênticas razões, integra o mínimo existencial irredutível devido em razão do trabalho, impassível de ponderação e por isso merecedor de integral proteção estatal.

Assim restou firmado no julgado monocrático cautelar da ADI por omissão 1.458-MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, em que se apreciou alegada omissão legislativa da Medida Provisória 1.415/1996, que fixou valor do salário mínimo sem observância do índice oficial de recomposição inflacionária da moeda, insuficiente para atender as necessidades vitais básicas do trabalhador previstas no art. 7º, IV, da Constituição. O Relator reconheceu a presença da omissão legislativa, concluindo que a insuficiência do valor nominal do salário mínimo para atender ao referido dispositivo configura descumprimento inconstitucional, pelo legislador, razão pela qual, em caráter liminar, emitiu censura ao Poder Legislativo, diante da impossibilidade de suprimento da omissão pelo Poder Judiciário.

Nesse julgado, reconheceu-se no art. 7º, IV, da Constituição

verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva destinada [...] a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família [...], um nítido programa social destinado a ser desenvolvido pelo Estado, mediante atividade legislativa vinculada.

Afirmou-se que, ao dever de legislar (“com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico-social e de caráter econômico-financeiro – CF, art. 7º, IV”), imputado ao Poder Público, “corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares”. É o que se extrai do seguinte trecho do julgado, *in verbis*:

**EMENTA: (...) SALÁRIO MÍNIMO - SATISFAÇÃO DAS NECESSIDADES VITAIS BÁSICAS - GARANTIA DE PRESERVAÇÃO DE SEU PODER AQUISITIVO (...)** - A cláusula constitucional inscrita no art. 7º, IV, da Carta Política - para além da proclamação da garantia social do salário mínimo - consubstancia verdadeira **imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e**

---

<sup>108</sup> STF. RE 567.985/MT. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. DJe un. 194, 02 out. 2013.

**de sua família** e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo. - O legislador constituinte brasileiro delineou, no preceito consubstanciado no art. 7º, IV, da Carta Política, um **nítido programa social destinado a ser desenvolvido pelo Estado, mediante atividade legislativa vinculada. Ao dever de legislar imposto ao Poder Público** - e de legislar com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico-social e de caráter econômico-financeiro (CF, art. 7º, IV) -, **corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares** e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo, em ordem a preservar, em caráter permanente, o poder aquisitivo desse piso remuneratório (...) (sem destaques no original)<sup>109</sup>.

Com fundamento nesse direito público subjetivo do trabalhador, o STF vem reiteradamente afirmando a inviabilidade do pagamento de salário a servidores públicos em valor inferior ao mínimo legal, com arrimo no art. 39, § 3º, da Constituição, no ponto em que determina a aplicação, aos servidores públicos, da garantia de salário mínimo prevista em seu art. 7º, IV e VII, da Constituição<sup>110</sup>. A Corte tem afastado decisões do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que acolhem o pagamento de vencimento a empregado público em valor inferior ao salário mínimo, proporcional à jornada trabalhada. Entende o STF que a Constituição garante ao servidor público o recebimento de salário mínimo, independentemente da duração da jornada de trabalho, e inclusive quando a jornada é reduzida a 20 (vinte) horas semanais. É que o se infere de excertos extraídos dos julgados firmados no RE 195.315/PB, Relator Ministro Sydney Sanches, de 1998; no AI 815.869 AgR/PR, Relator Ministro Dias Toffoli, de 2014, e no RE 565.621/CE, Relatora Ministra Carmén Lúcia, de 2015, respectivamente:

**EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. VENCIMENTOS MÍNIMOS: SALÁRIO MÍNIMO. ARTIGOS 39, § 2º, E 7º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUTO- APLICABILIDADE.** O § 2º do art. 39 da Constituição Federal manda aplicar, aos servidores públicos federais, estaduais e municipais, o disposto no artigo 7º, inc. IV, que assegura salário mínimo aos trabalhadores urbanos e rurais. 2. Tais normas constitucionais, atribuindo, a tais servidores, vencimentos não inferiores a um salário-mínimo, são auto-aplicáveis, independentemente, pois, da Lei a que se refere o art. 61, § 1º, II, "a", da Carta Magna. 3. Não há nesse entendimento qualquer conflito com a Súmula 339 do S.T.F. 4. Precedentes da Corte. 5. R.E. conhecido e provido, para o deferimento do Mandado de Segurança, ficando assegurado, aos servidores do Município recorrido, vencimentos não inferiores a um salário-mínimo, sucessivamente vigorante, desde a impetração.<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> STF. ADI 1.458 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. 23 maio 1996. DJ, 20 set. 1996, pp. 34531. Ainda, ADI 1.442/DF. Rel. Min. Celso de Mello. 03 nov. 2004. DJ, 29 abr. 2005, pp. 07.

<sup>110</sup> § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

<sup>111</sup> STF. RE 195.315/PB, Rel. Min. Sydney Sanches. Primeira Turma. DJ, 07 ago. 1998.

**EMENTA** Agravo regimental no agravo de instrumento. Servidor público. Jornada reduzida. Remuneração inferior a um salário mínimo. Impossibilidade. Precedentes. 1. **A Suprema Corte vem se pronunciando no sentido de que a remuneração do servidor público não pode ser inferior a um salário-mínimo. Esse entendimento se aplica ao servidor que trabalha em regime de jornada reduzida.** 2. Agravo regimental não provido.(...)

Em casos análogos ao dos autos, **a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal vem se manifestando no sentido de que o pagamento de vencimentos não pode ter valor inferior ao salário mínimo, independentemente da jornada de trabalho do servidor.** Nesse sentido, RE nº 215.527/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ 27/9/02; RE nº 518.350/CE-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 11/4/08; RE nº 340.599/CE, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 28/11/03, esse último assim ementado: “1. Servidor público aposentado por invalidez, com proventos proporcionais: direito a que estes não sejam inferiores ao mínimo legal: acórdão recorrido que decidiu em consonância com a orientação da Corte, no sentido de que, a partir da Constituição de 1988 (art. 7º, IV, c/c 39, § 2º - atual § 3º), nenhum servidor - ativo ou inativo - poderá perceber remuneração (vencimentos ou proventos) inferior ao salário mínimo, mesmo quando se tratar de aposentadoria com proventos proporcionais: precedentes. 2. Recurso extraordinário: descabimento: falta de prequestionamento: dispositivos constitucionais suscitados no RE (CF, arts. 5º, XXXVI e 37, caput) não cogitados pelo acórdão recorrido, ao qual não se opuseram embargos de declaração: Súmulas 282 e 356”. Diga-se, por fim, que **o Plenário desta Suprema Corte já referendou tal entendimento, reconhece do, inclusive, a repercussão geral da matéria aqui em discussão, mediante acórdão que restou assim ementado:** “CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. SALÁRIO-BASE INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. ARTS. 7º, IV, E 39, § 3º (redação dada pela EC 19/98), DA CONSTITUIÇÃO. I - Questão de ordem. Matéria de mérito pacificada no STF. Repercussão geral reconhecida. Confirmação da jurisprudência. Denegação da distribuição dos recursos que versem sobre o mesmo tema. Devolução desses RE à origem para adoção dos procedimentos previstos no art. 543-B, § 3º, do CPC. Precedentes: RE 579.431- QO/RS, RE 582.650-QO/BA, RE 580.108-QO/SP, Rel. Min. Ellen Gracie; RE 591.068-QO/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 585.235-QO/MG, Rel. Min. Cezar Peluso. II – Julgamento de mérito conforme precedentes. III - Recurso provido” (RE nº 582.019-QO-RG/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 13/2/09).

Ante o exposto, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, conheço do agravo e desde logo, dou provimento ao recurso extraordinário, para julgar a ação procedente” (DJe 2.3.2012) (sem destaque no original)<sup>112</sup>.

**DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL. SALÁRIO MÍNIMO APURADO SEGUNDO A DURAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO: IMPOSSIBILIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.** (...) 1. Recurso extraordinário interposto com base na al. a do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Superior do Trabalho: “SALÁRIO MÍNIMO – JORNADA REDUZIDA. O salário mínimo a que se refere o art. 7º, IV, da Constituição Federal é fixado com base na jornada normal de trabalho, ou seja, 8 horas diárias ou 44 semanais, estabelecida pelos arts. 7º, XIII, da Carta Magna e 58 da CLT. Se a jornada de trabalho do empregado for menor que a estipulada pela Carta Magna, é cabível o pagamento proporcional ao tempo de trabalho por ele executado,

---

<sup>112</sup> AI 815.869 AgR/PR, Rel. Min. Dias Toffoli. Primeira Turma. DJe un. 230, 24 nov.2014.

sem que haja a violação do art. 7º, IV, da Constituição da República. Recurso de Embargos não conhecido” (fl. 819).(...)

**O Supremo Tribunal Federal assentou não ser constitucionalmente válida a remuneração do servidor inferior ao salário mínimo, independentemente da duração da jornada de trabalho. (...)**

O acórdão recorrido divergiu dessa orientação jurisprudencial, pelo que deve ser reformado (sem destaques no original)<sup>113</sup>.

A matéria constitui objeto do RE 964.659/RS, Relator Ministro Dias Toffoli, em que a Corte reconheceu a presença de repercussão geral (Tema 900), com mérito pendente de julgamento. Em parecer lançado no feito, esta Procuradoria-Geral da República propõe a reiteração da jurisprudência da Corte, com aprovação da tese de que “viola os arts. 39, § 3º, e 7º, IV, da Constituição Federal o pagamento de remuneração em valor inferior ao salário mínimo a servidor público civil com jornada reduzida”. Em seus fundamentos, com esteio na jurisprudência do STF e na doutrina especializada, este órgão afirma que “a garantia do salário mínimo [...] não está adstrita ou vinculada à duração máxima do trabalho (art. 7º, XIII, da CF/19889), revelando-se como patamar essencial de existência, proteção que não admite retrocesso”<sup>114</sup>.

Em nenhum momento a garantia constitucional do salário mínimo se condiciona à jornada máxima de trabalho prevista no inciso XIII do artigo 7º da Constituição (8 horas diárias e 44 semanais), não se inserindo na margem de ação discricionária do legislador ordinário autorizar o pagamento de salário mínimo proporcional a jornada inferior. O patamar salarial mínimo estabelecido como direito fundamental não se vincula ao volume de horas trabalhadas, mas unicamente à satisfação das necessidades básicas do trabalhador e de sua família, frustrando o conteúdo de sentido do direito fundamental a norma que autoriza pagamento inferior ao mínimo mensal a título de proporcionalidade. Isso mais se afirma à vista do inciso VII do art. 7º da Constituição, que garante “salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável”, seja esta variação decorrente da produtividade ou do número de horas de trabalho.

Essa noção também restou acolhida pela jurisprudência do STF no julgamento RE 340.599-3/CE, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, em que se decidiu que:

[...] a partir da Constituição de 1988 (art. 7º, IV, c/c 39, § 2º - atual § 3º), nenhum servidor - ativo ou inativo - poderá perceber remuneração (vencimentos ou proventos) inferior ao salário mínimo, mesmo quando se tratar de aposentadoria com proventos proporcionais.

---

<sup>113</sup> STF. RE 565.621/CE, Rel. Min. Cármen Lúcia. 22 jan. 2015. DJe un. 23, 04 fev. 2015.

<sup>114</sup> PGR. RE 964.659/RS. Parecer do Procurador-Geral da República, 28 set. 2016.



Nesse julgamento, pontuou com precisão o Ministro Ayres Britto que, “para admitir que o servidor, mesmo se aposentando proporcionalmente, pudesse receber abaixo do mínimo, teríamos de trabalhar com a categoria jurídica nova, absurda, a do submínimo; quer dizer, o mínimo já é o piso abaixo do qual não se admite absolutamente nada”<sup>115</sup>.

Não obstante reconheça essa garantia relativamente ao empregado público, a jurisprudência do TST, contraditoriamente, reputa legítimo o pagamento de salário mínimo proporcional a empregado da iniciativa privada. Por meio da Orientação Jurisprudencial 358 de sua Seção de Dissídios Individuais I, firmou o Tribunal que “é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado” em jornada reduzida, inferior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) semanais (item I), salvo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, onde “não é válida remuneração de empregado público inferior ao salário mínimo, ainda que cumpra jornada de trabalho reduzida”, por força dos precedentes do STF, acima referidos (item II). Essa noção jurisprudencial de proporcionalidade do salário mínimo ao tempo trabalho, na iniciativa privada, construiu-se sobre a figura do contrato de trabalho em regime de tempo parcial, previsto no art. 58-A da CLT, inserido pela Medida Provisória 2.164/2001.

Nenhuma razão há, entretanto, que legitime o referido tratamento desigual entre servidores públicos e empregados da iniciativa privada, relativamente à garantia de salário mínimo, eis que, para assegurar esse direito ao servidor público, o § 3º do art. 39 faz referência ao art. 7º, IV, da Constituição, o que revela a igual finalidade e o similar conteúdo de sentido da garantia fundamental em relação a ambos os destinatários. O *discrimen* não se justifica, ainda, considerando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas (STF, RE 161.243 ED-EDv-AgR/DF, Rel. Min. Sidney Sanches; RE 160.222/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; AI 220.459 AgR/RJ, Rel. Min. Moreira Alves) e a normatividade dos princípios da função social da propriedade (CR/88, art. 5º, XXIII, e 170, III) e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CR/88, art. 1º, IV; 7º, *caput*, e 170)<sup>116</sup>.

Mas, ainda que porventura se repute viável essa proporcionalidade salarial no contrato de trabalho em regime de tempo parcial (CLT, art. 58-A), idêntica conclusão

---

<sup>115</sup> STF. RE 340.599-3/CE, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. DJe 28 nov. 2003.

<sup>116</sup> STF. ARE 745745 AgR/MG. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe 19 dez. 2014.

não se alinha ao modelo de trabalho intermitente instituído pelas normas impugnadas, eis que sua dinâmica contratual enseja consequência remuneratória extremamente mais gravosa à norma de direito fundamental. No regime em tempo parcial, o prejuízo da proporcionalidade salarial se atenua com a previsibilidade da jornada, o que viabiliza a conciliação com outro(s) emprego(s) no período residual de inatividade, de modo a permitir ao trabalhador a complementação da renda em patamar não inferior ao salário mínimo mensal por meio de emprego paralelo. Tal solução é inviável no âmbito do contrato de trabalho intermitente, vez que, nele, a imprevisão da convocação para o trabalho em horas ou dias, a critério exclusivo do empregador, característica central do regime, inviabiliza ao trabalhador o adimplemento de contrato de trabalho simultâneo, para complementação do salário mínimo mensal, incitando a complementação da renda por meio de trabalho informal, destituído de garantia socioeconômica e de integração comunitária.

Essa incompatibilidade não se soluciona com o disposto no art. 452-C, § 1º, da CLT, segundo o qual,

durante o período de inatividade, o empregado poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviço, que exerçam ou não a mesma atividade econômica, utilizando contrato de trabalho intermitente ou outra modalidade de contrato de trabalho.

A faculdade expressa no enunciado, de todo despicienda à vista da liberdade de trabalho inscrita no art. 5º, XIII, da Constituição<sup>117</sup>, sofre de inefetividade em face da imprevisibilidade da demanda de serviço, pelo empregador, no contrato de trabalho intermitente, o que se acentua em vista de outras características do regime contratual, previstas nas normas impugnadas, que tornam inviável a assunção de contrato de emprego paralelo: (i) a iminência da convocação para o trabalho, com prazo exíguo de vinte e quatro horas para resposta ao chamado, com presunção de recusa em caso de silêncio (CLT, art. 452-A, § 2º)<sup>118</sup>; (ii) a possibilidade de previsão contratual de reparação de danos, a cargo do trabalhador, em caso de cancelamento de serviço

---

<sup>117</sup> XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

<sup>118</sup> § 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de vinte e quatro horas para responder ao chamado, presumida, no silêncio, a recusa.

agendado (CLT, art. 452-B, IV)<sup>119</sup>, e (iii) a ausência de garantia (ou mera faculdade) de vinculação contratual a um turno fixo de trabalho (CLT, art. 452-B, II)<sup>120</sup>.

Nos termos do citado art. 452-A, § 2º, “recebida a convocação, o empregado terá o prazo de vinte e quatro horas para responder ao chamado, presumida, no silêncio, a recusa”. Essa iminência do chamado patronal, inviabilizando a programação e conciliação com outros compromissos profissionais, torna praticamente impossível ao trabalhador assumir outro contrato de emprego sem o risco de nele inadimplir a obrigação contratual de prestar trabalho no tempo e modo convencionados, elemento natural do contrato de trabalho. De outra banda, aceita a convocação para o trabalho intermitente no exíguo prazo de vinte e quatro horas, não conseguindo desvencilhar-se da execução contratual no emprego paralelo, pode o trabalhador sujeitar-se a reparação pecuniária prevista no contrato intermitente, conforme admite o art. 452-B da CLT.

A imprevisão da intensidade e periodicidade temporal do trabalho intermitente, por fim, se acentua diante da ausência de vinculação legal desse regime contratual a um turno de trabalho (matutino, vespertino ou noturno), de modo a viabilizar sua conciliação com outra fonte formal de trabalho. A fixação contratual de “turnos para os quais o empregado será convocado para prestar serviço” constitui mera faculdade disposta no art. 452-B, II, da CLT.

Nesse molde legal, portanto, o prejuízo da proporcionalidade do salário mínimo se agrava no contrato de trabalho intermitente, em face da inviabilidade ou extrema dificuldade imposta à complementação da renda mínima prevista no art. 7º, IV, da Constituição, por meio de outro contrato formal de emprego, com as garantias sociais que lhe são inerentes.

À vista dessas considerações, revela-se inconstitucional o modelo contratual do trabalho intermitente instituído pelas normas impugnadas na ADI 5.826/DF, na medida em que autoriza a contratação de trabalho subordinado sob demanda, em períodos intercalados de horas ou dias (CLT, art. 443, § 3º), **(i)** mediante salário proporcional às horas ou dias efetivamente trabalhados, em valor não inferior “ao valor horário ou diário do salário mínimo” (art. 452-A, II), **(ii)** vedando a remuneração dos períodos de inatividade como tempo à disposição do empregador (art. 452-C, *caput* e § 2º).

---

<sup>119</sup>Art. 452-B. É facultado às partes convencionar por meio do contrato de trabalho intermitente: (...) IV - formato de reparação recíproca na hipótese de cancelamento de serviços previamente agendados nos termos dos § 1º e § 2º do art. 452-A.

<sup>120</sup>Art. 452-B. É facultado às partes convencionar por meio do contrato de trabalho intermitente: (...) II - turnos para os quais o empregado será convocado para prestar serviços.

Com isso, o regime enseja ausência de garantia de jornada e remuneração mínima periódica, desfigurando elementos essenciais do contrato de emprego – o trabalho e a onerosidade –, em afronta aos arts. 6º e 7º, I, IV e VII da Constituição, que garantem o direito fundamental ao trabalho,<sup>121</sup> à relação de emprego em caso de trabalho subordinado (art. 7º, I)<sup>122</sup> e à proteção socioeconômica dela decorrente, que tem no salário mínimo (incisos IV e VII) o seu esteio principal, como veículo de satisfação das necessidades vitais do trabalhador. E, ainda que a demanda de trabalho ocorra periodicamente, também inconstitucional é a autorização de pagamento de salário mínimo proporcional às horas ou dias trabalhados (CLT, art. 452-A, II), tendo em vista a violação da garantia do art. 7º, IV e VII, da Constituição, que se agrava diante da inviabilidade ou extrema dificuldade imposta pelo regime de trabalho intermitente a que o trabalhador acesse outra fonte formal de trabalho e renda, que lhe permita a complementação do salário mínimo.

O modelo contratual, nesse aspecto, admitido em qualquer atividade empresarial (CLT, art. 443, § 3º), em franca concorrência com o contrato de trabalho por tempo determinado ou indeterminado, viabiliza a substituição de empregos contínuos por empregos intermitentes, incitando a complementação de renda do trabalhador intermitente por meio de atividade informal, com cerceamento aos direitos fundamentais decorrentes do trabalho, previstos nos arts. 7º a 11 da Constituição, além daqueles de índole previdenciária, que serão objeto de tratamento no tópico seguinte.

Transigindo com o trabalho informal complementar, o regime legal de contrato intermitente transfere para o trabalhador todo o risco da volatilidade de demanda produtiva, pelo mercado, em negação à força normativa das disposições constitucionais que promovem o valor social do trabalho e da livre iniciativa, a função social da propriedade, inclusive da propriedade produtiva (CR/88, arts. 1º, IV, 5º, XXIII, 170, III), e que almejam a solidariedade social, com erradicação da pobreza e da marginalidade, como objetivo fundamental da República (CR/88, art. 3º, I).

Opina-se, nesses termos, pela inconstitucionalidade material das normas que instituem o contrato de trabalho intermitente, por violação aos arts. 6º e 7º, IV e VII, da Constituição, ou, sucessivamente, pela inconstitucionalidade do § 3º do art. 443; inciso

---

<sup>121</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, **o trabalho**, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (sem destaque no original).

<sup>122</sup> - **relação de emprego** protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa (...) (sem destaque no original).

II do art. 452-A e art. 452-C, *caput* e § 2º, da CLT, inseridos pela legislação impugnada, nos pontos em que autorizam pagamento de salário mínimo proporcional a horas ou dias trabalhados e que vedam a remuneração do tempo em que o trabalhador permanece aguardando convocações para o trabalho, reputando-se assegurada ao empregado intermitente, em quaisquer condições, a percepção do valor correspondente ao salário mínimo mensal, previsto em lei.

## REFERÊNCIAS

AGUSTINA, Nuria Soto. **El contrato de trabajo fijo discontinuo**. Universidad Autónoma de Barcelona. 2013, p. 6. Disponível em: [https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2013/109765/TFG\\_nsotoagustina.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2013/109765/TFG_nsotoagustina.pdf). Acesso em: 14 fev. 2018.

AMADO, João Leal. **Contrato de Trabalho**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

BALERA, Walter. **O seguro-desemprego no direito brasileiro**. São Paulo: Ltr, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BIANVASCHI, Magda Barros. A reforma trabalhista no Brasil em tempos de acirramento das desigualdades sociais à ação de um capitalismo “sem peias”. In: **Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as Reformas Trabalhista e Previdenciária**. MELO, Raimundo Simão; DA ROCHA, Cláudio Jannotti (coord). LTR: São Paulo; 2017.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BRAMANTE, Ivani Contini. Contrato Intermitente: “ubertrabalho e ultraflexiprecarização”. In: **Revista Científica Virtual – Reforma Trabalhista: Reflexões**. Escola Superior de Advocacia OAB/SP, edição 25, primavera, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; VITAL, Moreira. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra. 2007, v.1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de Direito**. 1ª ed. Lisboa: Fundação Mário Soares, 1999.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. Comentário Geral nº 03: artigo 2º, número 1 (a natureza das obrigações dos Estados Partes). Quinta sessão, 1990. Disponível em: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13ª ed. São Paulo, 2014.

DELGADO. Maurício Godinho. DELGADO. Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil com comentários à Lei n. 13.467/2017**. LTr: São Paulo, 2017.

DRAY. Guilherme Machado Dray. **O Princípio da proteção do trabalhador**. LTr: São Paulo, 2015.

HAYEK, Friedrich August Von. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**. v. 2 São Paulo: Visão, 1985.

LIMA. Francisco Gérson Marques. “**Trabalho Intermitente**”. Excola: Excelência em Formação Social. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6787-16-reforma-trabalhista/documentos/audiencias-publicas/luis-antonio-camargo-de-melo>.

LORENTZ. Lutiana Nacur. **A Norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência**. 2ª edição, LTr: São Paulo, 2016.

LUDUVICE, Ricardo Verta. **Seguro-desemprego: legislação, jurisprudência, direito estrangeiro (inclusive no Mercosul)**. São Paulo: Atlas, 1999.

MACHADO, Sidnei. A reforma trabalhista no Brasil a partir de uma perspectiva comparada das reformas da União Europeia. In: DELLAGRAVE NETO, José Afonso; KAJOTA, Ernani (Org.). **Reforma trabalhista ponto a ponto: estudos em homenagem ao Professor Luiz Eduardo Gunther**. São Paulo: LTr, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. São Paulo: Atlas; 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Salário – Conceito e Proteção**. LTr: São Paulo, 2008.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição**. Coimbra:Coimbra, 2003.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

RAWS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000;

RAWS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê S/A, 1990.

RODRIGUEZ. Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. LTr: São Paulo, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana – conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCAFE, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: **Interesse Público**. Porto Alegre, ano 7, n. 32, jul./ago. 2005.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. Rev. Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

AVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e assistência social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

Sites:

<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/03276dl1.htm>.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:62016CJ0143>.

<http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/contrats-et-carriere/contrats-de-travail/article/le-contrat-de-travail-intermittent>.

Gesetzüber Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge, Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/tzbfgr/BJNR196610000.html>. Acesso em: 14 fev. 2018.

On-call work and “zero hours” contracts”; In: [http://www.ilo.org/travail/info/fs/WCMS\\_170714/lang—en/index.htm](http://www.ilo.org/travail/info/fs/WCMS_170714/lang—en/index.htm). Acesso em 14 fev. 2018.

“Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects”. Disponível em: [http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_534122/lang—en/index.htm](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_534122/lang—en/index.htm); Acesso em: 14 fev. 2018.

[http://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/WCMS\\_534825/lang—en/index.htm](http://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/WCMS_534825/lang—en/index.htm). Acesso em: 15 fev. 2018.

<https://www.theguardian.com/uk-news/2016/sep/08/uk-workers-zero-hours-contracts-rise-tuc>.

<http://www.telegraph.co.uk/business/2017/05/11/almost-one-million-britons-zero-hours-contracts-dont-want-work/>.

<http://theconversation.com/mcdonalds-concession-on-zero-hours-contracts-is-a-boost-for-unions-and-the-labour-party-76734>.



# OS DIREITOS HUMANOS LABORAIS E A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS<sup>123</sup>

(1ª PARTE)

## LABORAL HUMAN RIGHTS AND JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

(1<sup>ST</sup>PART)

Miguel F. Canessa Montejo<sup>124</sup>

(Trad. Thiago Pádua<sup>125</sup> e Dinah Lima<sup>126</sup>)

**RESUMO:** Assistimos nos últimos anos a uma reavaliação do Direito Internacional do Trabalho, onde o seu reposicionamento é reforçado com os direitos humanos do trabalho - o espaço de intersecção entre o Direito Internacional do Trabalho e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Este estudo aborda esse tema a partir da contribuição da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A análise foi dividida em três seções. A primeira seção apresenta um conceito e a justificativa para esse seletivo grupo de direitos trabalhistas básicos. A segunda seção apresenta as normas imperativas de direito internacional geral que têm conteúdo em matéria trabalhista, configurando o *jus cogens* trabalhista e as consequências jurídicas que dele decorrem. A terceira seção estuda o procedimento de controle do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a valiosa jurisprudência da Corte no âmbito dos direitos humanos laborais, concluindo com uma reflexão final.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos humanos laborais; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Casos.

**SUMÁRIO:** 1. Os Direitos Humanos Laborais. 2. O *Jus Cogens* Laboral. 2.1 As proibições da escravidão e da servidão. 2.2 A proibição do trabalho forçado ou obrigatório. 2.3 A proibição

---

Artigo recebido em: 10/08/2020

Artigo aprovado em: 15/12/2020

<sup>123</sup>Trabalho inédito em português. Uma versão anterior foi publicada em inglês com o título: “*Labor human rights and the jurisprudence of Inter-American Court of Human Rights*” no livro coletivo “*Labour, Business and Human Rights Law*” de Janice R. Bellace y Beryl ter Haar (editors). Cheltenham: Edward Elger Publishing, 2019.

<sup>124</sup>Advogado e sociólogo pela Pontifícia Universidade Católica do Peru. Doutor em Direito pela Universidade Carlos III de Madrid. Professor universitário e consultor internacional (mcanessa@pucp.edu.pe).

<sup>125</sup> Professor do Programa de Mestrado em Direito do UDF – Centro Universitário do Distrito Federal. Doutor, Mestre e Bacharel em Direito. Ex-assessor de ministro do STF. Advogado.

<sup>126</sup> Especialista em Direito de Família. Bacharel em Direito. Integrante da Comissão da Mulher Advogada da ABA – Associação Brasileira de Advogados. Advogada.

das piores formas de trabalho infantil. 2.4 A proibição de discriminação em matéria de emprego ou ocupação. 3. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Corte Interamericana. 3.1 Os casos de execução ou desaparecimento forçado de sindicalistas. 3.2 Os casos de liberdade de trabalho, proibições de escravidão e de servidão, e proibição de trabalho forçado ou obrigatório. 3.3 Os casos de proibição da discriminação laboral. 3.4 Os casos de proibição do trabalho infantil. 3.5 Os casos da liberdade sindical. 3.6 Os casos de devido processo laboral (a proteção contra demissão). 3.7 Os casos de seguridade social e remuneração (os direitos adquiridos). 4. Reflexão Final. Referências.

**ABSTRACT:** In recent years we have witnessed a reevaluation of International Labor Law, where its repositioning is strengthened with labor human rights – the intersection space between International Labor Law and International Human Rights Law. This study addresses this issue from the contribution of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. The analysis has been divided into three sections. The first section presents a concept and the rationale for this select group of basic labor rights. The second section presents the peremptory norms of general International Law that have content in labor matters, shaping the labor *jus cogens* and the legal consequences that derive from it. The third section studies the control procedure of the Inter-American Human Rights System and the valuable jurisprudence of the Court in the framework of labor human rights. To conclude in a final reflection.

**KEYWORDS:** Labor human rights; Inter-American Court of Human Rights; Cases.

**SUMMARY:** 1. Human Labor Rights. 2. The *Jus Cogens* Laboral. 2.1 The prohibitions of slavery and servitude. 2.2 The prohibition of forced or compulsory labor. 2.3 Prohibition of the worst forms of child labor. 2.4 The prohibition of discrimination in terms of employment or occupation. 3. The Inter-American Human Rights System and the Inter-American Court. 3.1 The cases of execution or forced disappearance of union members. 3.2 The cases of freedom of work, prohibitions of slavery and servitude, and prohibition of forced or compulsory labor. 3.3 The cases of prohibition of labor discrimination. 3.4 Cases of prohibition of child labor. 3.5 The cases of freedom of association. 3.6 Cases of due labor process (protection against dismissal). 3.7 The cases of social security and remuneration (the acquired rights). 4. Final reflection. References.

## 1 OS DIREITOS HUMANOS LABORAIS

Uma das grandes conquistas jurídicas do século XX foi o reconhecimento de que a pessoa humana é titular de um conjunto de direitos básicos que devem ser respeitados e protegidos pelos Estados e pela comunidade internacional como um todo, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, cor, idioma, religião ou crença, origem étnica ou social, idade, situação econômica, herança, status, opinião civil, política ou qualquer outra condição. Assim, os direitos humanos são uma referência essencial nos sistemas jurídicos.

Os direitos trabalhistas contribuíram significativamente para essa conquista legal. Em nível nacional, a Constituição mexicana (1917) e a Constituição de Weimar (1919) foram os primeiros textos constitucionais que elevaram os direitos trabalhistas ao topo da ordem interna.

Elas foram seguidas por quase todas as constituições nacionais do século XX. Simultaneamente, a nível internacional, a Organização Internacional do Trabalho (1919) foi criada através do Tratado de Versalhes, que também incluiu uma série de princípios fundamentais para o mundo do trabalho. Posteriormente, quase no final da Segunda Guerra Mundial, os Estados membros da OIT redigiram a Declaração de Filadélfia (1944), onde ampliaram as funções da organização internacional e destacaram especialmente a importância do respeito aos direitos trabalhistas básicos nas sociedades contemporâneas.

Portanto, não foi surpresa que um seleto grupo de direitos trabalhistas tenha sido incluído na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Foi entendido que o mundo do trabalho em que o ser humano atua deve ser protegido por um conjunto de direitos trabalhistas básicos que garantam o respeito à dignidade humana. Sua inclusão foi reafirmada em instrumentos internacionais de direitos humanos subsequentes, tanto em nível universal quanto regional<sup>127</sup>. Este seleto grupo de proibições, liberdades e direitos, contidos em instrumentos internacionais de direitos humanos, constituem uma lista de trinta direitos humanos trabalhistas<sup>128</sup>.

No nível formal, os direitos humanos trabalhistas podem ser definidos como todos os direitos em questões trabalhistas consagrados nos instrumentos internacionais de direitos humanos.

A fundamentação dos direitos humanos trabalhistas fornece argumentos consistentes que justificam a existência ou o reconhecimento desse conjunto de direitos e, em particular, fortalecem o seu reconhecimento nos instrumentos internacionais, apresentando dois argumentos.

Um primeiro argumento enfatiza a existência de necessidades básicas sofridas por todos os seres humanos localizados no mundo do trabalho e que não são criadas por eles mesmos. Essas necessidades exigem sua satisfação para evitar danos graves, ou às pessoas que possam sofrer. A exigência ética da satisfação está intimamente ligada às condições indispensáveis que permitem ao indivíduo agir com autonomia e garantir a sua sobrevivência. Assim, por meio de um debate democrático e público, discute-se se essas tipologias de necessidades devem ser atendidas e aquelas que receberem aprovação para atender a um interesse ou valor generalizável de seus membros serão reconhecidas como direitos. Esse primeiro argumento pode ser chamado

---

<sup>127</sup>Dentre os tratados universais, destacam-se os Pactos Internacionais de 1966 e alguns tratados especializados. Os tratados regionais incluem a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Protocolo Adicional de San Salvador, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, a Carta Social Europeia e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

<sup>128</sup> Cfr. CANESSA MONTEJO, Miguel F. **Los derechos humanos laborales en el seno de la OIT**. Lima: PLADES, 2ª. Edición, 2014, p. 4-6.

de fundamento antropológico dos direitos humanos trabalhistas. A sua vantagem teórica é que, ao apoiar-se na teoria das necessidades, onde o trabalho se situa como ponto nevrálgico de sua formulação, permite que as consequências da insatisfação das necessidades sejam apresentadas de forma universal como um dano generalizado, independentemente do contexto social, cultural ou econômica em que ocorrem. Da mesma forma, a especificidade das necessidades do mundo do trabalho exige respostas jurídicas precisas e particulares, o que faz dos direitos humanos do trabalho um grupo cujos titulares gozam de maior liberdade de ação.

Um segundo argumento reside no valor intrínseco que o ser humano possui –dignidade–, que nos enobrece à condição de pessoa (sujeito de direitos). Esse reconhecimento do valor intrínseco do ser humano é resultado das formações socioculturais situadas no mundo intersubjetivo das pessoas, onde o sentido da dignidade adquire tal importância, que é institucionalizada no coletivo social, sendo apreendida e internalizada. Isso explica por que esse valor fundamental é incorporado ao ordenamento institucional para garantir a centralidade do indivíduo por meio de direitos básicos, independentemente do contexto social, o que sem dúvida inclui o mundo do trabalho. Esse segundo argumento pode ser chamado de fundamento axiológico dos direitos humanos laborais.

Ambos os argumentos passam no teste de validação do princípio de universalização habermasiano, na medida em que são formulados sob um interesse generalizável e não provocam a rejeição legítima de sua aceitação entre os membros da comunidade. Essa validação reforça, em termos morais, o consenso fático universal alcançado pelos Estados ao consagrar os direitos trabalhistas nos instrumentos internacionais de direitos humanos.

Com base na plausibilidade e desses argumentos, as justificativas podem ser introduzidas dentro do conceito de direitos humanos no trabalho, reformulando seu conteúdo da seguinte forma: direitos humanos do trabalho são todos aqueles direitos em matéria trabalhista, consagrados em instrumentos internacionais de direitos humanos, universalmente reconhecidos que dão direito à pessoa, respeitando a dignidade humana e satisfazendo as necessidades básicas do mundo do trabalho.

## **2 O *JUS COGENS* LABORAL**

As normas peremptórias do Direito Internacional geral ou normas *jus cogens*, são definidas no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969): “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito

Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”<sup>129</sup>.

A partir da leitura do artigo 53, são identificados três elementos das normas *jus cogens*<sup>130</sup>. Em primeiro lugar, é uma regra que não admite acordo em contrário. Isso significa que em caso de conflito, tem preponderância sobre qualquer outra norma internacional convencional, declarando sua nulidade. A justificativa de seu caráter imperativo, em minha opinião, reside no fato de serem normas que consagram valores fundamentais da comunidade internacional e, portanto, devem receber proteção especial. Em segundo lugar, é uma regra de Direito Internacional geral. O Relator Especial da Comissão de Direito Internacional afirma que o adjetivo “geral” na expressão do artigo 53 se refere ao escopo de aplicabilidade<sup>131</sup>. Terceiro, é um padrão aceito e reconhecido pela comunidade internacional. O requisito de unanimidade de seus membros não deve ser interpretado no sentido de aceitá-lo e reconhecê-lo, pois uma grande maioria é necessária.

Para a identificação das normas imperativas do Direito Internacional geral, segue-se a prática dos Estados e a jurisprudência internacional. Com base nesses pronunciamentos, podemos estabelecer uma lista de normas *jus cogens*: a proibição do genocídio, o princípio da inviolabilidade dos diplomatas e suas premissas, a proibição de atos de agressão, uso ou ameaça de força, a proibição da escravidão, proibição da discriminação racial, princípio da igualdade das pessoas perante a lei e proibição da discriminação, privação abusiva de liberdade, proibição da tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, o direito à autodeterminação dos povos, graves violações do Direito Internacional Humanitário, o direito de acesso à justiça<sup>132</sup>.

No rol de normas obrigatórias, destacam-se entre os direitos humanos laborais: a proibição da escravidão e a proibição da discriminação racial. Eu entendo que esses dois direitos

---

<sup>129</sup> Por sua vez, o artigo 64 da Convenção de Viena formula a definição de *jus cogens superveniens*: “Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”.

<sup>130</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS. **Primer informe sobre el *jus cogens***(A/CN.4/693). Ginebra: Comisión de Derecho Internacional, 68° período de sesiones, 2016, párrafos 61-72.

<sup>131</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS, **Segundo informe sobre el *jus cogens* presentado por Dire Tladi, Relator Especial**. (A/CN.4/706). Ginebra: Comisión de Derecho Internacional, 69° período de sesiones, 2017, párrafo 42.

<sup>132</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS, Op. Cit. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **La ampliación del contenido material del *jus cogens***. Washington: Organización de Estados Americanos, XXXIV Curso Internacional de Derecho Internacional, 2007. CANESSA MONTEJO, Miguel F. “El *jus cogens* laboral: los derechos humanos laborales recogidos en normas imperativas del Derecho Internacional general”. En: **Homenaje Aniversario de la SPDTSS. 25 Año de las Bodas de Plata de la Sociedad**. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2013.

humanos laborais estão incluídos nas normas imperativas do Direito Internacional geral. No entanto, é uma interpretação restritiva dada a própria evolução da prática internacional.

## 2.1 AS PROIBIÇÕES DA ESCRAVIDÃO E DA SERVIDÃO

A proibição da escravidão é identificada pelo Tribunal Internacional de Justiça no caso *Barcelona Traction* como uma das obrigações *erga omnes*<sup>133</sup>. Portanto, é indiscutível que se trata de um direito humano contido em uma norma peremptória de Direito Internacional. O que merece ser analisado é se a proibição da escravidão também se estende à proibição da servidão, levando-se em consideração que ambas as proibições costumam ser consagradas conjuntamente em instrumentos internacionais<sup>134</sup>.

Em primeiro lugar, ambos os conceitos de escravidão e servidão podem ser classificados como uma das mais graves violações da liberdade de trabalho. Para a OIT, escravidão e servidão são duas formas de trabalho forçado ou obrigatório<sup>135</sup>. No entanto, existem diferenças entre as duas figuras jurídicas devido à diferente formulação jurídica das proibições. Por um lado, escravidão e servidão referem-se aos sujeitos que sofrem dessa condição, enquanto as proibições de trabalho forçado referem-se ao tipo de relação existente entre o trabalhador e seu empregador<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> CORTE INTERAMERICANA DE JUSTIÇA. **Caso Barcelona Traction**. La Haya: Sentencia 5 de febrero de 1970.

<sup>134</sup> Artigo 4 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; artigo 8 parágrafos 1 e 2 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; Artigo 4.1 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais; Artigo 6.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Artigo 5 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Paralelamente a esses instrumentos internacionais mencionados, foram elaborados tratados especificamente universais sobre a matéria. A Convenção da Escravatura (25 de setembro de 1926), a Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outros (2 de dezembro de 1949), o Protocolo para Modificar a Convenção da Escravatura (23 Outubro de 1953) e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, o Tráfico de Escravos e as Instituições e Práticas Similares à Escravatura (7 de setembro de 1956). Uma menção separada é o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (17 de julho de 1998) que, em seus artigos, classifica a escravidão e outros atos desumanos de natureza semelhante como crimes contra a humanidade (artigo 7, 1, c e k).

<sup>135</sup> Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Alto al trabajo forzoso. Informe Global**. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2001, párrafo 1. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Una alianza global contra el trabajo forzoso. Informe Global**. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2005, párrafos 26 y 27. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Erradicar el trabajo forzoso. Informe Global**. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2007, párrafos 19 e 39.

<sup>136</sup> Cfr. DRZEWICKI, Krzysztof. "The right to work and rights in work". In: EIDE, Asbjørn; KRAUSE, Catherine; ROSAS, Allan (Eds). **Economic, Social, Cultural Rights: a textbook**. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 229.

Em segundo lugar, o conceito de escravidão é encontrado no Artigo 1 da Convenção sobre a Escravatura (1926)<sup>137</sup>. Isso é complementado pelo Estatuto de Roma (1998) em seu artigo 7, 2, c. No caso do conceito de servidão, podemos localizá-lo na Convenção Complementar sobre a Escravatura (1956), nos termos do artigo 1 a) e, b). Ao comparar os dois conceitos, há uma raiz comum que é a ausência de liberdade da pessoa que exerce o trabalho. Em ambos os conceitos, a pessoa torna-se um objeto que está à disposição de um terceiro, seja como exercício de atributos de direitos de propriedade, seja como o estado em que a autoridade é exercida sobre ela.

Em minha opinião, pode-se interpretar que a menção à proibição da escravidão indicada pela Corte Internacional de Justiça inclui também a proibição da servidão, porque os instrumentos internacionais os equiparam em seus textos e porque compartilham uma raiz comum em suas definições. Esse argumento é reforçado pelo tratamento jurídico simultâneo que os instrumentos internacionais de direitos humanos lhe conferem. Na verdade, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em seu artigo 4, parágrafo 2, a Convenção Europeia de Direitos Humanos em seu artigo 15, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu artigo 27, número 2, ao regulamentar a possível suspensão da aplicação dos direitos humanos em situação de emergência nacional, declararam expressamente que estão excluídas deste pressuposto a proibição da escravidão e a proibição da servidão.

Em conclusão, eu postularia que tanto a proibição da escravidão quanto a proibição da servidão estão contidas em uma norma peremptória do Direito Internacional geral.

## 2.2 A PROIBIÇÃO DO TRABALHO FORÇADO OU OBRIGATÓRIO

Uma questão vizinha é a relação entre a proibição da escravidão e a proibição do trabalho forçado. Isso é mais relevante porque a Comissão de Direito Internacional decidiu em seus comentários sobre o projeto de Código de Crimes contra a paz e a humanidade (1996). De acordo com seu artigo 18: “A escravidão é um crime contra a humanidade”<sup>138</sup> e “A escravidão significa estabelecer ou manter sobre as pessoas uma condição de escravidão, servidão ou trabalho forçado,

---

<sup>137</sup> **NT – Nota dos Tradutores:** No Brasil, a Convenção sobre Escravatura de 1926, emendada pelo Protocolo de 1953 e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 66, de 1965, e internalizada por meio do Decreto nº 58.563, de 1º de junho de 1966.

<sup>138</sup> O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional incluiu-o em seu artigo 7º, 1º, c). Da mesma forma, foi incluído no Estatuto dos Tribunais Criminais Internacionais: artigo 5º, c, do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia; artigo 3º, c, do Tribunal Penal Internacional para Ruanda; e Artigo 2º, c, do Tribunal Especial Independente para Serra Leoa.

contrária às normas bem estabelecidas e amplamente reconhecidas do direito internacional”<sup>139</sup>. Segundo a Comissão, podemos entender que a escravidão agrupa as três figuras jurídicas, embora cada uma delas seja diferente. Após o comentário da Comissão, o Tribunal Penal da Ex-Iugoslávia, com base no comentário acima mencionado, considera: “[que] as formas contemporâneas de escravidão são parte da escravidão como um crime contra a humanidade sob o direito consuetudinário internacional”<sup>140</sup>. Desse modo, a jurisprudência internacional considera que o trabalho forçado está subsumido na proibição da escravidão como crime contra a humanidade e faz parte do rol de proibições contidas em normas imperativas do Direito Internacional geral.

O que realmente sucedeu é que nos últimos anos ocorreu um processo de ampliação simultânea do conteúdo jurídico da proibição da escravidão e da proibição do trabalho forçado, causando uma justaposição entre as duas proibições, embora seu conteúdo jurídico não seja totalmente coincidente. No caso da proibição da escravidão, o Relator Especial das Nações Unidas para as Formas Contemporâneas de Escravidão indica como suas modalidades: a) servidão por dívida; b) servidão; c) trabalho forçado; d) escravidão infantil; e) escravidão sexual; f) casamento forçado; e, g) a venda de esposas. No caso da proibição do trabalho forçado ou obrigatório, a Pesquisa Geral “Erradicar o trabalho forçado” (2007) da Comissão de Especialistas da OIT indica como suas modalidades: a) escravidão, práticas análogas à escravidão e outras formas trabalho compulsório ilegal<sup>141</sup>; b) tráfico de pessoas para fins de exploração<sup>142</sup>; c) trabalho forçado ou obrigatório imposto pelo Estado para fins de produção ou prestação de serviços; d) a privatização das prisões e do trabalho penitenciário; e) a pena de prestação de obra de utilidade pública; f) trabalho obrigatório como condição de preservação do subsídio de desemprego; e, g) a obrigação de trabalhar horas extras sob pena de multa. Isso poderia explicar por que a jurisprudência criminal internacional alude de forma intercambiável em seus pronunciamentos tanto à proibição da escravidão quanto à proibição do trabalho forçado<sup>143</sup>.

Embora não haja decisão judicial estabelecendo que a proibição geral do trabalho forçado ou obrigatório está incluída em uma norma *jus cogens*, a jurisprudência dos tribunais

---

<sup>139</sup> Naciones Unidas. **Informe de la Comisión de Derecho Internacional** (A/51/10). Ginebra: Naciones Unidas, 1996, párrafo 105.

<sup>140</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. **Caso Kunarac, Kovac y Vukovic**. La Haya: Sentencia de 12 de junio de 2002, Cámara de Apelación, párrafo 117.

<sup>141</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **El costo de la coacción. Informe Global**. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2009, párrafo 40.

<sup>142</sup> A Comissão de Peritos coloca a exploração sexual e a prostituição forçada nesta modalidade. Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Erradicar el trabajo forzoso. Informe Global**. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2007, párrafo 78.

<sup>143</sup> Vid. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. **Caso Kunarac, Kovac y Vukovic**. La Haya: Sentencia de 22 de febrero de 2001, párrafo 541.



criminais internacionais destaca que a violação da proibição do trabalho forçado constitui um crime contra a humanidade<sup>144</sup>. Em sentido estrito, a jurisprudência internacional indica que algumas modalidades específicas de proibição do trabalho forçado são encontradas em normas imperativas.

Em conclusão, algumas modalidades de proibição do trabalho forçado ou obrigatório encontram-se nas normas *jus cogens*, tais como: proibição da escravidão, práticas análogas à escravidão e outras formas ilícitas de trabalho obrigatório; e tráfico de pessoas para fins de exploração. Dessa forma, a interseção entre a proibição da escravidão e da servidão com a proibição do trabalho forçado seria o conteúdo protegido pelas normas *jus cogens*.

### 2.3 A PROIBIÇÃO DAS PIORES FORMAS DE TRABALHO INFANTIL

Em uma situação semelhante ao caso da proibição do trabalho forçado ou obrigatório está a proibição das piores formas de trabalho infantil, de acordo com a jurisprudência internacional. O artigo 3º, da Convenção nº. 182 da OIT sobre as piores formas de trabalho infantil, estabelece suas modalidades:

(a) todas as formas de escravidão ou práticas semelhantes à escravidão, como a venda e o tráfico de crianças, servidão por dívida e a condição de servo e trabalho forçado ou obrigatório, incluindo o recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para uso em conflitos armados; (b) o uso, procura ou oferta de uma criança para a prostituição, a produção de pornografia ou apresentações pornográficas; (c) a utilização, aquisição ou oferta de crianças para a realização de atividades ilícitas, em particular a produção e o tráfico de entorpecentes, conforme definido nos tratados internacionais pertinentes, e (d) o trabalho que, em virtude de sua natureza ou as condições em que é realizada, podem prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional estabelece o que sejam crimes de guerra: escravidão sexual (artigo 8, 2, b, XXII) e recrutamento ou alistamento de menores de 15 anos

---

<sup>144</sup> Vid. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. **Caso Kunarac, Kovac y Vukovic**. La Haya: Sentencia de 22 de febrero de 2001, párrafos 539-543. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. **Caso Krnojelac**. La Haya: Sentencia de 15 de marzo de 2002, párrafos 349-360. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. **Caso Kunarac, Kovac y Vukovic**. La Haya: Sentencia de 12 de junio de 2002, Cámara de Apelación, párrafos 116-124. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. **Caso Krnojelac**. La Haya: Sentencia de 17 de septiembre de 2003, Cámara de Apelación, párrafos 191-203. TRIBUNAL ESPECIAL INDEPENDIENTE PARA SIERRA LEONA. **Caso Brima, Kamara y Kanu**. La Haya: Sentencia de 20 de junio de 2007, párrafos 739-749. TRIBUNAL ESPECIAL INDEPENDIENTE PARA SIERRA LEONA. **Caso Brima, Kamara y Kanu**. La Haya: Sentencia de 22 de febrero de 2008, Cámara de Apelación, párrafos 170-174.

nas forças armadas nacionais ou uso deles para participar ativamente nas hostilidades (artigo 8, 2, b, XXVI). Esses dois crimes internacionais coincidem com modalidades proibidas das piores formas de trabalho infantil<sup>145</sup>.

No caso da escravidão sexual, foi mencionado anteriormente que a jurisprudência internacional foi precisa ao considerar que sua proibição está incluída em uma norma peremptória do Direito Internacional geral. No caso do recrutamento de crianças, o Tribunal de Serra Leoa assinalou que, antes de novembro de 1996, o crime se cristalizou no costume internacional, independentemente de ter sido cometido em um conflito armado interno ou em um conflito armado internacional<sup>146</sup>. Sua configuração como crime internacional o insere na ordem pública internacional.

Em conclusão, essas duas modalidades das piores formas de trabalho infantil estão incluídas nas normas de *jus cogens*, sendo seus perpetradores condenados por Tribunais Penais Internacionais. A tendência da jurisprudência internacional seria incluir as demais modalidades proibidas das piores formas de trabalho infantil indicadas pela Convenção n.º. 182 da OIT.

## 2.4 A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO EM MATÉRIA DE EMPREGO OU OCUPAÇÃO

Com relação à proibição da discriminação, a Corte Internacional de Justiça também a indica como uma das obrigações *erga omnes*, mas referindo-se especificamente à proibição da discriminação racial. O que fundamenta a proibição da discriminação é garantir que as pessoas não sofram nenhum tipo de humilhação em sua dignidade humana motivada por diferenças ou distinções pejorativas. Sem dúvida, a discriminação racial tem sido a modalidade que mais se apresentou na civilização a extremos como o *apartheid*. Por isso, não é de se estranhar que a Corte Internacional de Justiça tenha se pronunciado precisamente a respeito<sup>147</sup>. Mas não devemos interpretar que as outras modalidades discriminatórias estão excluídas do âmbito das normas peremptórias. O Parecer Consultivo OC-18/03 da Corte Interamericana de Direitos Humanos apoia essa interpretação, ao estabelecer para a Corte que a proibição da discriminação

---

<sup>145</sup> Cfr. O Estatuto do Tribunal Criminal Internacional para Ruanda (artigo 4, e) e do Tribunal Especial Independente de Serra Leoa (artigos 2, g, e 4, c, respectivamente).

<sup>146</sup> Cfr. TRIBUNAL ESPECIAL INDEPENDIENTE PARA SIERRA LEONA. **Caso Norman**. Freetown: Decisión preliminar de 31 de mayo de 2004, Cámara de Apelación, párrafo 17. TRIBUNAL ESPECIAL INDEPENDIENTE PARA SIERRA LEONA. **Caso Brima, Kamara y Kanu**. La Haya: Sentencia de 22 de febrero de 2008, Cámara de Apelación, párrafo 728.

<sup>147</sup> Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Op. Cit.

em suas diferentes modalidades está incluída nas normas *jus cogens* do Direito Internacional geral<sup>148</sup>. Posteriormente, ela o incorpora em seus julgamentos de casos contenciosos<sup>149</sup>.

Apoiando-se em ambos os Tribunais Internacionais, pode-se concluir que a proibição da discriminação em suas diferentes formas está contida em uma norma *jus cogens*.

O *jus cogens* laboral é composto pela proibição da escravidão e servidão, algumas modalidades da proibição do trabalho forçado e das piores formas de trabalho infantil, bem como a proibição da discriminação no local de trabalho, reconhecendo que é uma lista aberta que pode posteriormente incorporar mais direitos humanos laborais.

O estabelecimento de um *jus cogens* laboral significaria que qualquer tratado internacional que se opuser a esses direitos humanos laborais seria nulo, de acordo com o artigo 53, da Convenção de Viena. Embora seja difícil pensar que os Estados concluam um tratado que estabeleça a escravidão ou servidão em seus territórios, o que aparentemente não teria nenhum efeito real nas regulamentações internacionais. Porém, na doutrina jurídica discute-se se as normas imperativas também podem declarar a nulidade dos atos unilaterais dos Estados que se opõem a elas<sup>150</sup>. Isso é importante porque é concebível que a legislação nacional ou uma decisão judicial esteja em conflito com uma norma peremptória do direito internacional geral, e não com um tratado internacional.

Em princípio, um Estado está sujeito às normas *jus cogens*, inclusive aquelas que incluem os direitos humanos, razão pela qual está obrigado a respeitá-los tanto no sistema internacional como no sistema nacional. Esta obrigação de respeitar as normas imperativas do direito internacional na ordem nacional significa que os atos unilaterais do Estado também estão sujeitos a elas.

Os internacionalistas que postulam o caráter imperativo das normas *jus cogens* sobre os atos unilaterais dos Estados justificam-no em vários argumentos. Em primeiro lugar, assinala-se que a violação de uma obrigação internacional imposta por uma norma imperativa pode ocorrer por meio de um tratado ou de um ato unilateral e não se pode justificar que a violação desapareça em razão da validade do ato unilateral do Estado<sup>151</sup>. Em segundo lugar, os Estados

---

<sup>148</sup> Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”**(OC-18/03). San José: Secretaría de la Corte, Serie A, N.º 18, 17 de septiembre de 2003, párrafo 101.

<sup>149</sup> Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso NadegeDorzema y otros vs. República Dominicana**. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 251, Sentencia de 24 de octubre de 2012, párrafo 225.

<sup>150</sup> Cfr. MERON, Theodore. “International Law in the age of Human Rights”. In: **Recueil des Cours**. The Hague: MartinusNijhoff Publishers, 2003, Vol. 301, p. 421.

<sup>151</sup> Cfr. GAJA, Giorgio. “*Jus Cogens* beyond the Vienna Convention”. In: **Recueil des Cours**. The Hague: MartinusNijhoff Publishers, 1981, Vol. 172, N.º 3, p. 295.

não estariam imunes em sua jurisdição nacional para infringir uma norma peremptória por meio de um ato unilateral<sup>152</sup>. Embora haja uma prática contraditória sobre o assunto<sup>153</sup>. Em terceiro lugar, as normas peremptórias, ao imporem obrigações *erga omnes*, fazem com que prevaleçam sobre as regulamentações nacionais e seu descumprimento implicaria uma responsabilidade internacional do Estado infrator<sup>154</sup>. Quarto, as normas peremptórias constituem a ordem pública internacional e seus efeitos não podem ser restringidos por atos unilaterais dos Estados<sup>155</sup>.

A jurisprudência internacional também considerou que as normas peremptórias se aplicam a atos unilaterais dos Estados<sup>156</sup>. No caso *Furundzija*, o Tribunal Penal da Ex-Iugoslávia, analisando a natureza *jus cogens* da proibição da tortura, postula que ela tem efeitos interestaduais<sup>157</sup>. Os efeitos que a Corte reconhece à proibição da tortura, por sua natureza *jus cogens*, podem ser estendidos a todas as normas imperativas que incluam os direitos humanos. Da mesma forma, foi interpretado a partir da Comissão de Direito Internacional<sup>158</sup>.

Se houver alguma dúvida sobre a aplicação de normas imperativas sobre atos unilaterais de Estados, esta desaparece com a revisão da jurisprudência internacional e os comentários da Comissão de Direito Internacional. Em conclusão, qualquer tratado internacional ou ato unilateral dos Estados seria nulo se estivesse em conflito com os direitos humanos trabalhistas contidos nas normas imperativas do Direito Internacional geral. Assim, o *jus cogens* laboral passa a ter um caráter imperativo tanto na ordem internacional quanto na ordem nacional.

### 3 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A CORTE INTERAMERICANA

A contribuição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante, a Corte) na consolidação da proteção dos direitos humanos laborais, é evidenciada nas referências

---

<sup>152</sup> Cfr. CASSESE, Antonio. **International Law**. Oxford: Clarendon Press, 2005, p. 208.

<sup>153</sup> Cfr. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Al Adsani vs. Reino Unido**. Estrasburgo: Secretaría de la Corte, Sentencia del 21 de noviembre de 2001.

<sup>154</sup> Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Voto concurrente del Juez A.A. Cançado a la Opinión Consultiva OC-18/03**. San José: Secretaría de la Corte, Serie A, N.º 18, 17 de septiembre de 2003, párrafo 70.

<sup>155</sup> *Idem.*, pár. 68.

<sup>156</sup> Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” (OC-18/03)**. San José: Secretaría de la Corte, Serie A, N.º 18, 17 de septiembre de 2003, párrafo 99.

<sup>157</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. **Caso Furundzija**. La Haya: Sentencia de 10 de diciembre de 1998, párrafo 155.

<sup>158</sup> NACIONES UNIDAS. **Informe de la Comisión de Derecho Internacional (A/56/10)**. Ginebra: Naciones Unidas, 2001, párrafo 216.

apresentadas nas duas seções anteriores, especialmente sua contribuição na identificação das normas *jus cogens* laborais. Nesta seção, estudaremos seu papel protetor no hemisfério americano.

O sistema interamericano de direitos humanos conta com uma série de instrumentos internacionais que estabelecem um conjunto de direitos laborais. Entre os instrumentos que se destacam estão: a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), o Protocolo Adicional de San Salvador (1988)<sup>159</sup>. Os direitos humanos laborais, incluídos em seus textos normativos, são: liberdade de trabalho, proibição de escravidão e servidão, proibição de trabalho forçado ou obrigatório, direito ao trabalho, proteção contra o desemprego, proteção contra demissão, proibição de discriminação no emprego e ocupação, direito à igualdade de remuneração, direito à segurança e higiene no trabalho, direito a condições de trabalho justas, equitativas e satisfatórias, direito à limitação do horário de trabalho, direito ao descanso semanal remunerado, direito ao descanso remunerado em feriados, direito a férias remuneradas, direito a remuneração mínima, direito a promoção no emprego, direito a formação profissional, liberdade de associação, direito à greve, direito à segurança social, direito à proteção de menores, direito à proteção da mulher trabalhadora, direitos de proteção para trabalhadores com deficiência.

O Sistema Interamericano possui três tipos de procedimentos de controle: o sistema de denúncias, o sistema de petições e os casos contenciosos perante a Corte Interamericana. Aqui estamos interessados nos dois últimos. Por outro lado, o sistema de petições consiste em apresentar uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante, a Comissão) pela violação de qualquer direito contido em um instrumento interamericano de direitos humanos. No caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante, a Convenção), sua ratificação pelo Estado denunciado é exigida como requisito. Por outro lado, casos contenciosos são apresentados à Corte por descumprimento das recomendações formuladas pela Comissão no âmbito do sistema de petições da Convenção. Diferentemente do sistema de petições, o direito de acesso à Corte (*jus standi*) é restrito à Comissão e aos Estados Partes da Convenção, excluindo as vítimas, indivíduos em geral ou entidades não governamentais de apresentarem denúncias diretamente.

---

<sup>159</sup>Devemos também mencionar a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais (1947), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas com Deficiência (1999), a Carta Democrática Interamericana (2001), a Convenção Interamericana contra o racismo, a discriminação racial e formas relacionadas de intolerância (2013), a Convenção Interamericana contra todas as formas de discriminação e intolerância (2013) que ainda não foi celebrada validade e a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos do Idoso (2015).

A Corte tem jurisdição contenciosa<sup>160</sup> e consultiva<sup>161</sup>, embora a jurisdição contenciosa exija que o procedimento do sistema de peticionamento<sup>162</sup> tenha sido esgotado e o Estado Parte tenha reconhecido a jurisdição contenciosa da Corte<sup>163</sup>.

As questões laborais podem ser divididas em duas etapas. A primeira etapa concentra-se nos casos de sindicalistas presos, executados extrajudicialmente ou desaparecidos nos Estados Partes da Convenção. A segunda etapa ocorre com a apresentação de ações judiciais sobre violações de direitos laborais pela Comissão, o exemplo paradigmático desta etapa é o caso Baena et al. Vs. Panamá sobre a demissão de dirigentes sindicais. A seguir, analisaremos os casos e sentenças da Corte que tratam de nosso objeto de estudo.

## REFERÊNCIAS

ARESE, César. Derechos humanos laborales. Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni, 2014.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. La ampliación del contenido material del *ius cogens*. Washington: Organización de Estados Americanos, XXXIV Curso Internacional de Derecho Internacional, 2007.

CANESSA MONTEJO, Miguel F. “El *jus cogens* laboral: los derechos humanos laborales recogidos en normas imperativas del Derecho Internacional general”. En: Homenaje Aniversario de la SPDTSS. 25 Año de las Bodas de Plata de la Sociedad. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2013.

CANESSA MONTEJO, Miguel F. Los derechos humanos laboral esen el seno de la OIT. Lima: PLADES, 2ª. Edición, 2014.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Al Adsani vs. Reino Unido. Estrasburgo: Secretaría de la Corte, Sentencia del 21 de noviembre de 2001.

---

<sup>160</sup> Artigo 62 parágrafo 3 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

<sup>161</sup> Artigo 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

<sup>162</sup> Artigo o 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

<sup>163</sup> Artigo 62 parágrafo 1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Até maio de 2019, os seguintes reconheciam a jurisdição da Corte: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, e Uruguai. Em maio de 1998, Trinidad e Tobago denunciou a Convenção, incluindo a jurisdição da Corte. Em setembro de 2012, a Venezuela denunciou a Convenção e a jurisdição da Corte.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Caso Barcelona Traction. La Haya: Sentencia 5 de febrero de 1970.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Segundo Informe de la Situación de los derechos humanos en Colombia. Washington: Organización de Estados Americanos, 1993.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual. Washington: Publicación de la Organización de Estados Americanos, 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 251, Sentencia de 24 de octubre de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Voto concurrente del Juez A.A. Cançado a la Opinión Consultiva OC-18/03. San José: Secretaría de la Corte, Serie A, N.º 18, 17 de septiembre de 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Sentencia 8 de diciembre de 1995.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Huilca Tecse vs. Perú. Sentencia de 3 de marzo de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú. Sentencia de 10 de julio de 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso García y familiares vs. Guatemala. Sentencia de 29 de noviembre de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Sentencia de 10 de septiembre de 1993.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Sentencia de 4 de septiembre de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia de 20 de octubre de 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”. Opinión Consultiva de 17 de septiembre de 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Sentencia de 31 de agosto de 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Noguera y otra vs. Paraguay. Sentencia de 9 de marzo de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Baena y Ricardo y otros vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Lagos del Campo vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Isaza Uribe vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia de 22 de septiembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008.



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia de 30 de junio de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Chocrón vs. Venezuela. Sentencia de 1 de julio de 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador. Sentencia de 23 de agosto de 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. Sentencia de 28 de agosto de 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Sentencia de 5 de octubre de 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador. Sentencia de 4 de febrero de 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Rico vs. Argentina. Sentencia de 2 de septiembre de 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Sentencia de 7 de febrero de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú. Sentencia de 24 de junio de 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala. Sentencia de 3 de mayo de 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Hilarie y otros vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Perrone y Preckel vs. Argentina. Sentencia de 8 de octubre de 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cinco pensionistas vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú. Sentencia de 1 de julio de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Muelle Flores vs. Perú. Sentencia de 6 de marzo de 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Anejib-Sunat vs. Perú. Sentencia de 21 de noviembre de 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Abril Alosilla y otros vs. Perú. Sentencia de 4 de marzo de 2011.

CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Clarendon Press, 2005.

DRZEWICKI, Krzysztof. "The right to work and rights in work". EIDE, Asbjørn; KRAUSE, Catherine; ROSAS, Allan (Eds). *Economic, Social, Cultural Rights: a textbook*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

GAJA, Giorgio. "*Jus Cogens* beyond the Vienna Convention". In. *Recueil des Cours*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1981.

MERON, Theodore. "International Law in the age of Human Rights". In: *Recueil des Cours*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

NACIONES UNIDAS. Primer informe sobre el *jus cogens* (A/CN.4/693). Ginebra: Comisión de Derecho Internacional, 68° período de sesiones, 2016.

NACIONES UNIDAS, Segundo informe sobre el *ius cogens* presentado por Dire Tladi, Relator Especial. (A/CN.4/706). Ginebra: Comisión de Derecho Internacional, 69° período de sesiones, 2017.

NACIONES UNIDAS. Informe de la Comisión de Derecho Internacional (A/51/10). Ginebra: Naciones Unidas, 1996.

NACIONES UNIDAS. Informe de la Comisión de Derecho Internacional (A/56/10). Ginebra: Naciones Unidas, 2001.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Alto al trabajo forzoso. Informe Global. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2001.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Una alianza global contra el trabajo forzoso. Informe Global. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2005.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Erradicar el trabajo forzoso. Informe Global. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2007.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. El costo de la coacción. Informe Global. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2009.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Erradicar el trabajo forzoso. Informe Global. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2007.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. Caso Kunarac, Kovac y Vukovic. La Haya: Sentencia de 22 de febrero de 2001.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. Caso Krnojelac. La Haya: Sentencia de 15 de marzo de 2002.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. Caso Kunarac, Kovac y Vukovic. La Haya: Sentencia de 12 de junio de 2002.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. Caso Krnojelac. La Haya: Sentencia de 17 de septiembre de 2003.

TRIBUNAL ESPECIAL INDEPENDIENTE PARA SIERRA LEONA. Caso Brima, Kamara y Kanu. La Haya: Sentencia de 20 de junio de 2007.

TRIBUNAL ESPECIAL INDEPENDIENTE PARA SIERRA LEONA. Caso Brima, Kamara y Kanu. La Haya: Sentencia de 22 de febrero de 2008.

TRIBUNAL ESPECIAL INDEPENDIENTE PARA SIERRA LEONA. Caso Norman. Freetown: Decisión preliminar de 31 de mayo de 2004.

TRIBUNAL ESPECIAL INDEPENDIENTE PARA SIERRA LEONA. Caso Brima, Kamara y Kanu. La Haya: Sentencia de 22 de febrero de 2008.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. Caso Kunarac, Kovac y Vukovic. La Haya: Sentencia de 12 de junio de 2002.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. Caso Furundzija. La Haya: Sentencia de 10 de diciembre de 1998.

# DIREITO DO TRABALHO EM TEMPOS DE PANDEMIA NA ERA DIGITAL: DESAFIOS PARA A SAÚDE MENTAL DOS TRABALHADORES

## LABOUR LAW IN TIMES OF PANDEMIC IN DIGITAL ERA: CHALLENGES FOR WORKERS' MENTAL HEALTH

Gabriela Neves Delgado<sup>164</sup>

Valéria de Oliveira Dias<sup>165</sup>

**RESUMO:** O presente artigo objetiva refletir sobre os desafios para a saúde mental do trabalhador em tempos de pandemia. A abordagem do tema parte do descompasso entre o primado constitucional pautado no valor social do trabalho e a progressiva precariedade para proteção sociotrabalhista na era digital. Em seguida, trata dos pressupostos teóricos que denotam a relação intrínseca entre trabalho humano, saúde mental e organização do trabalho. Por fim, parte das teses do direito fundamental ao trabalho digno e de sua dimensão socioambiental, além da tutela jurídico-constitucional da dignidade humana no e pelo trabalho, a partir da concepção de *Mauricio Godinho Delgado*, para afirmar o dever jurídico-constitucional do Estado e dos particulares no sentido de proteção integrada do direito à saúde e à qualidade ambiental no trabalho. Conclui que a concepção constitucional de trabalho digno abarca o trabalho protegido pela/na organização do trabalho, independentemente da existência de vínculo de emprego, e que, na perspectiva constitucional, sobressai o papel do Estado e do Poder Judiciário na dinâmica de proteção ao trabalho humano.

**PALAVRAS-CHAVE:** Trabalho digno; Pandemia na era digital; Saúde mental; Proteção integrada; Direito à saúde e à qualidade ambiental no trabalho.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Contornos da precariedade no trabalho em tempos de pandemia na era digital. 3. Sujeito trabalhador e adoecimento em tempos de pandemia na era digital. 3.1 A centralidade do trabalho para a construção da saúde. 3.2

---

Artigo recebido em: 08/12/2020

Artigo aprovado em: 19/02/2021

<sup>164</sup> Professora Associada de Direito do Trabalho dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UnB. Pós-Doutorado em Desigualdades Globais e Justiça Social pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais – FLACSO/Brasil. Pós-Doutorado em Sociologia do Trabalho pela UNICAMP. Doutora em Filosofia do Direito pela UFMG. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Pesquisadora coordenadora do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania” (UnB/CNPq). Advogada.

<sup>165</sup> Doutoranda e mestre em Direito, área de concentração Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB. Integrante do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania” (UnB/CNPq). Especialista em Direito Constitucional do Trabalho pela UnB e em Direito do Trabalho pelo Instituto *Processus*. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB e em Administração pela UnB. Servidora da Justiça do Trabalho.

Melancolização no e pelo trabalho como sintoma social. 4. Meio ambiente de trabalho em tempos de pandemia na era digital. 5. Considerações finais. Referências.

**ABSTRACT:** This article aims at reflecting on the challenges concerning the mental health of workers in times of pandemic. The approach to the theme understands that there is a mismatch between the constitutional primacy based on the social value of work and the growing precariousness of socio-labor protection in the digital era. Then, the article addresses the theoretical assumptions that denote the intrinsic relationship between human work, mental health and work organization. Finally, based on the theses of the fundamental right to dignified work and its socio-environmental dimensions, as well as the legal-constitutional protection of human dignity in and through work, according to the conception of *Mauricio Godinho Delgado*, it affirms the legal-constitutional duty of the State and individuals to provide integrated protection of the right to health and environmental quality at work. It concludes that the constitutional conception of decent work encompasses work protection by/through the work organization, regardless of the existence of unemployment bond, and that, in the constitutional perspective, the roles of the State and the Judiciary Branch stand out in the dynamics of protection of human work.

**KEYWORDS:** Dignified work; Pandemic in the digital era; Mentalhealth; Integrated protection of the right to health and environmental quality at work.

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. Outlines of precarious work in times of pandemic in the digital age. 3. Subject worker and illness in times of pandemic in the digital age. 3.1 The central it y of work for the construction of health. 3.2 Melancholy in and through work as a social symptom. 4. Work environment in times of pandemic in the digital age. 5. Final considerations. References.

## 1 INTRODUÇÃO

O início do século XXI, mais precisamente o ano de 2020, foi marcado por um dos maiores desafios da humanidade: a pandemia da Covid-19.

A pandemia, e sua conseqüente crise sanitária e humanitária, repercutiu de forma multidimensional, aprofundando a crise econômica e a desigualdade existentes em nível mundial, com reflexos econômicos, sociais e na saúde, especialmente para os mais vulneráveis.

Embora não seja possível precisar os efeitos da crise sanitária e humanitária na economia e no modo de vida e de relações, tampouco por quanto tempo esses efeitos persistirão, o fato é que, na perspectiva do mundo do trabalho, o sujeito trabalhador e o meio ambiente do trabalho já sentem os impactos e as repercussões da pandemia.

Na perspectiva da saúde mental, os desafios relacionados à pandemia são multifacetados. Pesquisas embasadas em contextos pandêmicos e endêmicos anteriores apontam para uma série de riscos para a saúde mental, ora potencializados pela redução ou pela perda da renda e pelo risco do desemprego.

Aliado a isso, o capitalismo neoliberal-digital, em franca expansão em tempos de pandemia, tem introduzido novas formas de organização do trabalho humano pautadas na precarização, cujo cerne está na ausência de garantia de direitos trabalhistas e de proteção social. Este contexto é também decisivo para a modificação das formas de constituição da subjetividade, de modo a potencializar o desencadeamento de sintomas sociais e de adoecimentos relacionados ao trabalho cada vez mais complexos.

Assim, com o objetivo de refletir sobre os desafios para a saúde mental do sujeito<sup>166</sup> trabalhador em tempos de pandemia, parte-se da análise da tutela jurídico-constitucional da dignidade humana no e pelo trabalho, a partir da concepção doutrinária de Mauricio Godinho Delgado, segundo o qual a matriz constitucional de 1988 se estrutura a partir de três eixos principais: o Estado Democrático de Direito, sua arquitetura principiológica humanística e social e a concepção constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana.

A concepção do consagrado professor, intelectual e jurista do campo do Direito do Trabalho<sup>167</sup>, cuja obra e vida é dedicada à defesa da centralidade da pessoa humana

---

<sup>166</sup> A designação “sujeito” adotada no presente artigo tem suas bases na teoria psicanalítica, segundo a qual sujeito “é aquele que se constitui na relação com o Outro através da linguagem”. De acordo com Lacan, “ao nascer, o homem é inserido em uma ordem humana que lhe é anterior, uma ordem social na qual ele adentra através da linguagem e da família”. TOREZAN, Zeila C. Facci; AGUIAR, Fernando. O sujeito da psicanálise: particularidades na contemporaneidade. **Revista Mal-Estar e Subjetividade**. Fortaleza, v. 11, n. 2, p. 525-554, 2011, p. 533 e 535. O conceito de sujeito da psicanálise é utilizado também pela psicodinâmica do trabalho. “O sujeito da psicodinâmica é o sujeito do sofrimento, da falta, do desejo, da ação, do afeto”, que se constitui no trabalho, “pelo espaço da palavra, na linguagem”, ao realizar o encontro com o real, o que possibilita o questionamento da ordem institucional, social e do conhecimento. MENDES, Ana Magnólia; VIEIRA, Fernando de Oliveira. Diálogos entre a psicodinâmica e clínica do trabalho e os estudos sobre coletivos de trabalho e práticas organizacionais. **Farol – Revista de Estudos Organizacionais e Sociedade**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 161-213, jun. 2014, p. 198-199.

<sup>167</sup> Mauricio Godinho Delgado possui 13 livros individuais publicados, entre eles: *Curso de Direito do Trabalho* (19ª ed., São Paulo: LTr, 2020); *Direito Coletivo do Trabalho* (7ª ed., São Paulo: LTr, 2017); *Capitalismo, Trabalho e Emprego – entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução* (3ª ed., São Paulo: LTr, 2017); *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho* (5ª ed., São Paulo: LTr, 2017). Possui ainda seis obras duais, com Gabriela Neves Delgado: *Constituição da República e Direitos Fundamentais – Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho* (hoje em 4ª edição - São Paulo: LTr, 2017); *Doutrinas Essenciais – Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social* (São Paulo: Revista dos Tribunais); *Tratado Jurisprudencial de Direito Constitucional do Trabalho* (São Paulo: Revista dos Tribunais); *O Novo Manual do Trabalho Doméstico* (hoje em 2ª edição - São Paulo: LTr, 2017); *CLT Acadêmica e Profissional* (São Paulo: LTr, 2016);

trabalhadora na vida socioeconômica e na ordem jurídica, vai ao encontro do ideal de sociedade livre, justa e solidária respaldada pelo valor da justiça social inserto na Constituição de 1988.

Para alcançar o objetivo proposto, o presente artigo dividir-se-á em três capítulos.

No primeiro capítulo, tratar-se-á dos impactos da flexibilização legislativa pautada no capitalismo de base neoliberal sobre o trabalho, especialmente no contexto brasileiro pandêmico. Objetiva-se demonstrar o descompasso existente entre o valor trabalho delineado no Texto Constitucional de 1988 e a progressiva desproteção do trabalho humano e seus reflexos na produção e reprodução de formas de precarização do trabalho e no aprofundamento da desigualdade social e da pobreza deles resultantes.

No segundo capítulo, abordar-se-á os pressupostos teóricos que pautam a relação entre saúde psicofísica e trabalho, especialmente os relativos à Psicodinâmica do Trabalho e à Psicanálise do Trabalho, na perspectiva do sujeito trabalhador. A partir desse referencial teórico, pretende-se analisar a melancolização como possível sintoma social e patologia relacionada ao trabalho humano que pode se desenvolver a partir do avanço do capitalismo neoliberal-digital e se aprofundar em tempos de pandemia.

Por fim, no terceiro capítulo, com base na compreensão que a qualidade do meio ambiente de trabalho ocupa plano central no tocante à tutela da dignidade do sujeito, especialmente se considerada a dimensão da saúde mental, analisar-se-á os pressupostos jurídico-constitucionais de tutela do trabalho digno. Pretende-se demonstrar que, no marco do Estado Democrático de Direito, o direito fundamental ao trabalho digno<sup>168</sup> revela-se como categoria-chave para a tutela integral da dignidade do sujeito trabalhador, sobretudo se considerada sua dimensão socioambiental<sup>169</sup> e a imanente

---

e A Reforma Trabalhista no Brasil, com os comentários à Lei n. 13.467/2017 (hoje em 2ª edição -São Paulo: LTr, 2018); além de diversas obras coletivas e mais de 110 artigos e/ou capítulos publicados em livros coletivos e/ou revistas especializadas do País.

<sup>168</sup> Tese de doutorado originalmente apresentada por Gabriela Neves Delgado, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), em 2005, tendo sido aprovada com louvor, por unanimidade da banca examinadora. A obra *Direito Fundamental ao Trabalho Digno* teve sua primeira edição publicada em 2006, pela LTr Editora e a segunda edição, em 2015, pela mesma editora. A respeito, consultar: DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2015.

<sup>169</sup> Dissertação de mestrado apresentada por Valéria de Oliveira Dias, no programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB), em 2019, sob a orientação da Professora Dra. Gabriela Neves Delgado, tendo sido



proteção do sujeito trabalhador, do trabalho do sujeito e do ambiente no qual o trabalho é realizado.

O presente artigo pretende demonstrar, em seu conjunto, que a Constituição Federal de 1988 estabelece parâmetros de proteção à dignidade humana, que se realiza mediante a afirmação de direitos fundamentais sociotrabalhistas, atribuindo ao Estado e aos particulares os deveres de proteção à saúde humana e à qualidade ambiental no trabalho, imprescindíveis para garantir um patamar civilizatório mínimo existencial. Nessa linha, o texto pretende ainda ressaltar que a efetiva tutela jurídica à pessoa humana trabalhadora e ao trabalho digno não comporta medidas de flexibilização legislativa ou hermenêuticas, ainda que o trabalho realizado não esteja juridicamente integrado à relação de emprego.

## **2 CONTORNOS DA PRECARIEDADE NO TRABALHO EM TEMPOS DE PANDEMIA NA ERA DIGITAL**

Desde a crise financeira de 2008, que impactou tanto as economias emergentes quanto as desenvolvidas, o desemprego estrutural e, por conseguinte, a informalidade e a precariedade, se agravaram; o quantitativo da população mundial vivendo em situação de pobreza aumentou; e o número de bilionários dobrou. Esses fatores indicam que, desde aquela época, a concentração da riqueza global está franca em ascensão<sup>170</sup>.

O Direito do Trabalho, impactado pela agenda neoliberal em expansão, foi atingido pela lógica de restrição de direitos fundamentais trabalhistas, como os direitos à irredutibilidade salarial e à limitação da jornada de trabalho. Os retrocessos sociais podem ser vislumbrados, por exemplo, na Lei 13.429/2017, que generalizou a terceirização de serviços; na Lei 13.467/2017, que desregulamentou e/ou flexibilizou

---

aprovada com louvor, à unanimidade, pela banca examinadora. A respeito consultar: DIAS, Valéria de Oliveira. **A Dimensão Socioambiental do Direito Fundamental ao Trabalho Digno: uma análise a partir do assédio organizacional nos bancos do Distrito Federal**. São Paulo: LTr, 2020.

<sup>170</sup> CAVALCANTE, Pedro. **A questão da desigualdade no Brasil: como estamos, como a população pensa e o que precisamos fazer**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, set. 2020, p. 7 e 14. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/210230\\_td\\_2593\\_web.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/210230_td_2593_web.pdf). Acesso em 3 out. 2020.

direitos que representavam conquistas históricas dos trabalhadores; e na Lei 13.874/2019, que aprofundou a flexibilização do controle da jornada de trabalho<sup>171</sup>.

Após a vigência da reforma trabalhista promovida pela Lei 13.467/2017, houve um aumento expressivo nas formas de contratação mais precárias, quais sejam, terceirização, contrato intermitente, contrato a tempo parcial, trabalho autônomo (pejotização) e contrato temporário, aprofundando a desregulamentação trabalhista, a desproteção social do sujeito trabalhador e a precariedade do trabalho humano.

Em dezembro de 2019, estudo desenvolvido com base no coeficiente de Gini pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) revelou que o Brasil é o sétimo país mais desigual do mundo, estando à frente apenas de nações do continente africano<sup>172</sup>.

No tocante à concentração de renda, o Brasil ocupa o segundo lugar no ranking mundial. A parcela do 1% mais rico da população brasileira concentra 28,3% da renda do País, aproximando-se da realidade do Catar, país com maior concentração de renda no mundo, onde a parcela do 1% mais rico concentra 29% da renda do país<sup>173</sup>.

Segundo a PNAD Contínua referente ao 4º trimestre de 2019, 16,7 milhões de domicílios vivem com rendimento médio de até dois salários mínimos; 11,6 milhões de pessoas estavam sem ocupação (desemprego aberto); 4,6 milhões desistiram de procurar emprego (desemprego por desalento); 55,1% da população em idade de trabalhar, ou seja, 94,6 milhões de pessoas estavam ocupadas; 74% dos empregados do setor privado tinham carteira de trabalho assinada (entre os trabalhadores doméstico, esse índice é de 27,9%); 24,5 milhões de pessoas (26% da população ocupada) trabalhavam por conta própria - a maioria recebendo até dois salários mínimos e cerca de 80% não contribuem para a Previdência Social<sup>174</sup>.

---

<sup>171</sup> DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. O perigo de naturalização da legislação trabalhista de emergência na pandemia. *Jota*, 6 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-perigo-de-naturalizacao-da-legislacao-trabalhista-de-emergencia-na-pandemia-06072020>.

<sup>172</sup> <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2019/12/09/brasil-e-o-7-mais-desigual-do-mundo-melhor-apenas-do-que-africanos.htm?cmpid=>. Acesso em 3 out. 2020.

<sup>173</sup> *Idem*.

<sup>174</sup> PNAD Contínua. Disponível em [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact\\_2019\\_4tri.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2019_4tri.pdf).

Ainda em 2019, a taxa de informalidade no mercado de trabalho estava acima de 40% - o maior percentual desde 2012 -, e mais de cinco milhões de brasileiros se ativavam em empresas por aplicativos, tais como Uber, Rappi, iFood e 99, experienciando as condições de uberização do trabalho<sup>175</sup>.

No contexto das tecnologias de informação e comunicação e do “capitalismo em sua forma mais destrutiva”, a situação de precariedade se agravou, evidenciando o desalinhamento entre a imagem de progresso social e tecnológico perpetrada pelo capitalismo e a realidade das relações de trabalho na era digital, condição que situa o trabalhador entre o desemprego e o “privilégio da servidão”<sup>176</sup>, conforme já assinalado por Ricardo Antunes.

A pandemia da Covid-19, além de expor esse cenário preexistente, o intensifica. Os dados divulgados, em outubro de 2020, pela PNAD Covid-19<sup>177</sup>, revelaram que o desemprego e a taxa de informalidade seguem em tendência de alta, “o que indica que a retomada do nível de ocupação tem sido mais forte para os empregos informais”. Além disso, apontaram que o contingente de empregados trabalhando de forma remota tem se mantido relativamente constante, “o que pode indicar uma mudança permanente no modo de trabalho de parte dessas pessoas”<sup>178</sup>. Tudo isso desacompanhado de proteção sócio trabalhista.

No contexto pandêmico, a produção legislativa de emergência no campo do Direito do Trabalho exacerbou a restrição a direitos fundamentais trabalhistas como se o direito à vida digna e saudável não perpassasse, necessariamente, pelo trabalho digno. A título de exemplo, citam-se duas medidas adotadas sem a previsão de contrapartida pelo empregador: a possibilidade de continuação da prestação de serviços mediante o

---

<sup>175</sup> ANTUNES, Ricardo. **Coronavírus: o trabalho sob fogo cruzado**. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 7.

<sup>176</sup> *Idem*.

<sup>177</sup> A PNAD Covid-19 objetiva quantificar as pessoas com Covid-19 e os impactos da pandemia no mercado de trabalho, abordando questões sobre a prática de *home office*, os motivos que impediram a busca por emprego e os rendimentos obtidos pelas famílias. Até outubro de 2020, haviam sido divulgados dados relativos a 18 semanas de pesquisa. O acompanhamento é semanal e abarca 193,6 mil domicílios distribuídos em 3.364 municípios de todos os estados do País.

<sup>178</sup> LAMEIRAS, Maria Andreia Parente; CAVALCANTI, Marco Antônio F. de H.; RAMOS, Lauro. PNAD COVID-19 – Divulgação de 2/10/2020 – Principais destaques. Carta de Conjuntura, n. 19, 4º trim. 2020. Instituto de Pesquisas Aplicadas, p. 4 e 6. Disponível em [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/201002\\_pnad\\_covid\\_19.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/201002_pnad_covid_19.pdf).

teletrabalho, admitindo-se a limitação do tempo de disponibilidade do trabalhador apenas nas hipóteses de acordo individual; e a viabilização da suspensão das atividades empresariais mediante a concessão de férias coletivas e antecipação de férias e feriados, banco de horas não trabalhadas, mediante acordo individual, para compensação com trabalho extraordinário após a pandemia<sup>179</sup>.

Em suma, o trabalho na era digital, especialmente no contexto pandêmico, tem se caracterizado pela expansão do desemprego, da precarização das condições de trabalho e do aumento da informalidade e dos postos de trabalho desprotegido, sobretudo em plataformas digitais.

Tal cenário é marcado pelo esvaziamento das garantias fundamentais relacionadas à própria ordem econômica capitalista no Estado Democrático de Direito.

Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado explicam que o Estado Democrático de Direito se estrutura nos direitos fundamentais da pessoa humana, direitos esses que são “inerentes ao universo de sua personalidade e de seu patrimônio moral, ao lado daqueles que são imprescindíveis para garantir um patamar civilizatório mínimo inerente à centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica”<sup>180</sup>.

Nesse passo, os autores afirmam que o trabalho humano transcendeu o critério utilitarista próprio do sistema capitalista ao incorporar o *status* de valor, na medida em que o Texto Constitucional reconhece que o trabalho é o meio de afirmação econômica e social e de superação de desigualdades sociais<sup>181</sup>.

Observe-se que, na Constituição Federal de 1988, o reconhecimento do valor social do trabalho se estabelece, em conjunto, com o reconhecimento do valor social da livre iniciativa, na medida em que ambos constituem e fundamentam a ordem econômica do País (art. 170).

---

<sup>179</sup> DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. O perigo de naturalização da legislação trabalhista de emergência na pandemia. *Jota*, 6 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-perigo-de-naturalizacao-da-legislacao-trabalhista-de-emergencia-na-pandemia-06072020>.

<sup>180</sup> DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018, p. 33.

<sup>181</sup> DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 150.

A natural tensão existente entre as forças inerentes ao trabalho e à livre iniciativa, aparentemente opostas e paradoxais, é representada pela própria tensão das relações de trabalho no mercado capitalista de produção, tensão essa que garante a existência tanto do trabalho quanto da livre iniciativa<sup>182</sup>. Todavia, a tensão inerente às relações de trabalho torna-se constitutiva apenas quando norteada pela solidariedade social. Não é por outra razão que o conteúdo jurídico do princípio da liberdade de iniciativa é delimitado pelos princípios insertos nos incisos I a IX do art. 170, que se destinam exatamente a reduzir as desigualdades sociais e assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Partindo dessa permissa, constata-se que, no Estado Democrático de Direito, o trabalho humano deve estar subsumido aos direitos socioeconômicos de modo a garantir circunstâncias materiais que possibilitem ao sujeito trabalhadora autonomia necessária para a concretização de sua dignidade, em suas múltiplas dimensões, assim como o exercício da cidadania. Noutros termos, a liberdade de iniciativa requer o exercício de atividade econômica que simultaneamente promova a valorização do trabalho humano e assegure a dignidade do sujeito trabalhador<sup>183</sup>.

Tal quadro, além de denotar a plena compatibilidade entre trabalho digno e ordem econômica, ressalta que a dimensão constitucional do trabalho digno não comporta a prestação de trabalho que, de algum modo, transforme o trabalho humano em mercadoria. A vedação à mercantilização do trabalho humano também deve ser observada em situações extraordinárias, como a pandemia da Covid-19, de modo a não comportar flexibilização legislativa ou interpretativa a depender do fato social.

### **3 SUJEITO TRABALHADOR E ADOECIMENTO EM TEMPOS DE PANDEMIA NA ERA DIGITAL**

A pandemia do novo coronavírus representa um dos maiores problemas de saúde pública do último século e, portanto, um desafio para a saúde mental.

---

<sup>182</sup> DIAS, Valéria de Oliveira. **A Dimensão Socioambiental do Direito Fundamental ao Trabalho Digno: uma análise na perspectiva do assédio organizacional nos bancos do Distrito Federal**. São Paulo: LTr, 2020, p. 33.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 36.,

O elevado número de mortes revela a finitude de cada sujeito e as eventuais dificuldades em lidar com esse tema. A vivência do luto da perda de familiares e amigos na pandemia é dificultada pela privação dos rituais de despedida. Tais rituais constituem-se como importantes ferramentas para a simbolização da dor da perda, contribuindo para a reorganização subjetiva e psíquica dos enlutados, de modo que sua ausência pode prolongar o período de sofrimento e gerar quadros de adoecimento mental<sup>184</sup>.

A adoção de medidas restritivas ao deslocamento de pessoas, por um lado, beneficia a sociedade, pois seu objetivo é mitigar o contágio pelo vírus e controlar a pandemia, especialmente para evitar a sobrecarga do sistema de saúde. Por outro lado, estudos denotam que o isolamento social pode desencadear sintomas psicopatológicos, entre os quais, confusão, raiva e estresse pós-traumático. Os estressores mais associados ao período pandêmico são: tempo de quarentena e/ou isolamento social, frustração, tédio, solidão, medo de infecção, suprimentos básicos inadequados e informações inadequadas<sup>185</sup>.

Para além dos problemas associados ao distanciamento social, pesquisas também demonstram que o risco da perda de renda e do aumento do desemprego foram apontados como fatores responsáveis pela potencialização da vulnerabilidade psicológica da população<sup>186</sup>.

Por certo que o transtorno mental e comportamental apresenta etiologia multicausal e, portanto, seu desencadeamento pode advir de fatores diversos que interagem entre si, entre os quais se destacam a história singular e de trabalho do

---

<sup>184</sup> BARRETO, Raquel de Oliveira; GUIMARÃES, Ludmila de Vasconcelos; CALDEIRA, Michele de Castro Caldeira. Da reinvenção dos rituais: o trabalho do luto em meio a pandemia da COVID-19. IN: GUIMARÃES, Ludmila de Vasconcelos M.; CARRETEIRO, Teresa Cristina; NASCIUTTI, Jacyara Rocahel (Orgs.). **Janelas da Pandemia**. Belo Horizonte: Editora Instituto DH, 2020, p. 436-438.

<sup>185</sup> No tocante ao agravo à saúde mental em razão do distanciamento social decorrente da pandemia da Covid-19, pesquisas internacionais apontam as seguintes medidas de enfrentamento ao adoecimento mental: fornecer informações claras acerca da importância da quarentena e sobre os protocolos; garantir o fornecimento de suprimentos suficientes; manter interações sociais virtuais, como atividades de leitura, aulas, rotina de exercícios etc. In: BARARI, Soubhik; et. al. (2020). Evaluating COVID-19 public health messaging in Italy: self-reported compliance and growing mental health concerns. Disponível em <http://gking.harvard.edu/covid-italy>; e BROOKS, Samantha. K.; et al. The psychological impact of quarantine and how to reduce it: rapid review of the evidence. *The Lancet*, v. 395, march 14, 2020, p. 912-920, p. 912.

<sup>186</sup> AFONSO, Pedro. O impacto da pandemia de COVID-19 na saúde mental. **Acta Médica Portuguesa**, v. 33, n. 5, p. 356-357, maio de 2020, p. 356.

sujeito<sup>187</sup>. A história de trabalho do sujeito e as possíveis repercussões na saúde mental serão objeto de estudo do próximo tópico.

### 3.1 A CENTRALIDADE DO TRABALHO PARA A CONSTRUÇÃO DA SAÚDE

Para a Psicodinâmica do Trabalho, o trabalho humano ocupa lugar central na construção da saúde. Isso porque a identidade do sujeito, “essencialmente inacabada, à espera de confirmação e realização”, é o suporte da saúde mental; e o trabalho é o elemento fundamental para a sua construção e reconstrução tanto no plano individual quanto social<sup>188</sup>.

A identidade do sujeito no plano individual é forjada a partir das vivências de prazer e de sofrimento resultantes da relação dinâmica entre a organização do trabalho e os processos de subjetivação decorrentes do trabalhar. Nesse processo, o olhar do outro, ou seja, o reconhecimento das potencialidades e da qualidade do saber-fazer no trabalho pelos seus pares é fundamental.

Para Christophe Dejours, o sentido de pertencimento potencializado pelo olhar do outro, pela cooperação e pela solidariedade sedimenta o coletivo de trabalhadores e é nesse coletivo que os sujeitos trabalhadores consolidam o viver junto e desenvolvem suas estratégias de defesa contra o adoecimento mental<sup>189</sup>.

Assim, a construção da saúde mental por meio da dinâmica do reconhecimento no trabalho ocorre quando se possibilita ao sujeito se engajar no coletivo, por meio dele, influir na construção da organização do trabalho, a partir do real do trabalho e do seu saber-fazer. Nesse processo, os vínculos de solidariedade são construídos, o

---

<sup>187</sup> Dada a etiologia multicausal que o transtorno mental e comportamental apresenta, a apuração do nexo de causalidade entre o adoecimento mental e o trabalho requer uma análise multidimensional que abarque os fatores psicossociais relacionados ao trabalho e sua relação com o adoecimento mental.

<sup>188</sup> DEJOURS, Christophe; CARDOSO, Marta Rezende (2001). Christophe Dejours: entrevista. **Agora**, 4(2), 89-94. Recuperado em 10 de abril de 2009, de <http://www.scielo.br/pdf/agora/v4n2/v4n2a07.pdf>. p. 90.

<sup>189</sup> DEJOURS, Christophe. Psicopatologia do trabalho – Psicodinâmica do Trabalho. **Laboreal**, 7, (1), 13-16, 2011, p. 15.

sofrimento inerente às contradições entre o trabalho prescrito e o real do trabalho pode ser transformado em prazer, o trabalho adquire sentido e a saúde é construída<sup>190</sup>.

O trabalho também se projeta na construção da identidade social do sujeito e da própria sociedade, porque, por meio do trabalho, o sujeito de direitos alcança a emancipação, para além da esfera econômica. O reconhecimento social da importância do trabalho e de sua contribuição para o bem geral da sociedade, além de conferir sentido ao trabalho, possibilita a construção de laços sociais e de relações de solidariedade entre os sujeitos no campo social<sup>191</sup>. Tal retribuição simbólica contribui para a integração social, confere sentido de pertencimento e cidadania e fortalece a práxis de democracia<sup>192</sup>, influenciando sobre o modelo de sociedade que se pretende.

No contexto capitalista neoliberal, todavia, pesquisas empreendidas no campo da saúde mental e do trabalho indicam que o modelo de organização e gestão do trabalho humano toyotista se tornou a causa principal de desenvolvimento e/ou desencadeamento de doenças psicossomáticas e de transtornos mentais e comportamentais, além de patologias sociais.

O modelo toyotista é embasado no discurso capitalista que nega as diferenças e as contradições existentes entre capital e trabalho e desconsidera a patente desigualdade entre aqueles que vivem do trabalho e os que se utilizam da força de trabalho alheia.

A gestão do trabalho humano é orientada pela ideologia gerencialista, que impõe, de modo sutil e sofisticado, um ideal de trabalhador que cultue a excelência e o produtivismo, seja empreendedor de si mesmo e se adapte às rápidas mudanças no mundo do trabalho, de forma incansável, positiva e competitiva, ocupando o seu espaço e tempo de vida com o trabalho.

A mobilização subjetiva do sujeito alicerça-se, especialmente, na submissão do trabalhador a uma lógica abstrata de auto coação e autocontrole pautada na avaliação

---

<sup>190</sup> MENDES, Ana Magnólia; LIMA, Suzana Canez da Cruz; FACAS, Emílio Peres (orgs). **Diálogos em Psicodinâmica do trabalho**. Brasília: Paralelo 15, 2007, p. 21.

<sup>191</sup> HONNETH, Axel. Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, v. 8, n. 1, jan.-abr. 2008, p. 54.

<sup>192</sup> DEJOURS, Christophe; CARDOSO, Marta Rezende (2001). Christophe Dejours: entrevista. **Agora**, 4(2), 89-94. Recuperado em 10 de abril de 2009, de <http://www.scielo.br/pdf/agora/v4n2/v4n2a07.pdf>. p. 90-91.



quantitativa do desempenho, no incentivo à individualização e à competição e na gestão pelo estresse e pelo medo.

Essa forma de gestão da subjetividade conduz o sujeito à busca incessante do ideal de trabalhador da organização, que é da ordem do impossível. Daí porque torna-se inevitável a sensação de fracasso do sujeito em sua vivência de trabalho. O experienciar persistente do fracasso em um contexto de pressões crescentes para a obtenção de resultados leva o sujeito trabalhador a questionar suas próprias capacidades e competências, levando-o a uma crise de identidade e, por conseguinte, a um estado de desestabilização psíquica.

Para Ana Magnólia Mendes, o sofrimento inerente ao fracasso no trabalho, quando não ressignificado, silencia o sujeito, tornando-o indiferente ao outro, o que aprofunda o desfazimento dos laços de solidariedade, desarticula o coletivo de trabalhadores e naturaliza práticas que objetivam a colonização por meio da homogeneidade dos sujeitos<sup>193</sup>.

As estratégias de defesa psíquica utilizadas para suportar o sofrimento pela falta de reconhecimento e de sentido do trabalho e as pressões e exigências da organização do trabalho estão relacionadas à aceleração, à sobrecarga e à servidão voluntária, que conduzem o sujeito à alienação da realidade, pressionando-o a se adaptar às condições do trabalho prescrito<sup>194</sup>.

Tais estratégias de defesa são importantes para evitar o adoecimento<sup>195</sup>. Ressalte-se, contudo, que seu uso contínuo pode se tornar prejudicial, na medida em que as estratégias de defesa podem se revelar como armadilhas psicológicas a validar a aceitação e a tolerância do sofrimento, passando, assim, a serem instrumentalizadas pela organização do trabalho para o aumento da produção.

---

<sup>193</sup> MENDES, Ana Magnólia. **Desejar, Falar, Trabalhar**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 27.

<sup>194</sup> MENDES, Ana Magnólia; VIVÈS, Jean-Michel. Voz do supereu e melancolização no trabalho que adocece. In: COELHO, Rosana; MOTTA, Diego Airoso da (Orgs.). **Psicanálise & Trabalho: retratos do contemporâneo**. Porto Alegre: Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2020, p. 198.

<sup>195</sup> Entre as possíveis psicopatologias e transtornos mentais que podem ser desenvolvidos ou desencadeados no contexto em estudo, destacam-se os quadros depressivos, os transtornos de estresse pós-traumático, o transtorno de ansiedade, os distúrbios do sono, os problemas digestórios e circulatórios, além de esgotamento profissional (síndrome de burnout) e dependência de bebidas alcólicas e drogas.

Essa dinâmica propicia o desenvolvimento ou o desencadeamento de psicopatologias e de transtornos mentais e comportamentais, tais como, quadros depressivos, transtornos de estresse pós-traumático, transtorno de ansiedade, distúrbios do sono, problemas digestórios e circulatórios, além de esgotamento profissional (síndrome de *burnout*) e dependência de bebidas alcóolicas e drogas.

### **3.2 A MELANCOLIZAÇÃO NO E PELO TRABALHO COMO SINTOMA SOCIAL**

O avanço do capitalismo neoliberal-digital, apoiado no desenvolvimento tecnológico e na valorização do individualismo competitivo, tem contribuído para a modificação das formas de constituição da subjetividade, reproduzido e produzindo sintomas sociais e adoecimentos no trabalho cada vez mais complexos. Entre os possíveis sintomas sociais e patologias relacionadas ao trabalho humano que podem se desenvolver na era digital, destacam-se as associadas à melancolização.

Sigmund Freud afirma que a melancolia é uma reação inconsciente a uma perda, seja ela real ou idealizada, permeada por sentimento de culpa consciente. O desejo do melancólico está centrado na recuperação de algo que foi perdido e não pôde ser representado, nem mesmo pelo trabalho do luto<sup>196</sup>.

O trabalho do luto corresponde ao trabalho psíquico não patológico de lidar com a perda de um objeto amado, que pode ser nomeado – “algo, alguém ou uma posição social”-, e do lugar que o enlutado ocupava junto ao objeto perdido<sup>197</sup>. Embora demande tempo e energia e seja “extraordinariamente doloroso”, a elaboração subjetiva do luto conduz à aceitação da realidade, de modo que o apego ao objeto de amor perdido diminui paulatinamente, até que o eu fique “novamente livre e desinibido”<sup>198</sup>. Por outro lado, se o luto não for elaborado – qualquer que seja a natureza do objeto amado perdido -, o sujeito pode ser conduzido a uma condição patológica, à melancolia.

---

<sup>196</sup> FREUD, Sigmund. *Luto e melancolia*. Tradução: Marilene Carone. Novos estudos, n. 32, mar. 1992, p. 28.

<sup>197</sup> *Idem*.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 29.

Freud explica que a melancolia se diferencia do luto, porque o melancólico, embora saiba que perdeu algo, não sabe nomear o que foi perdido. Se a perda não for real, mas idealizada, a dúvida é suficiente para desencadear o estado melancólico. De todo modo, trata-se de uma perda real ou idealizada não simbolizada, que impossibilita o sujeito de realizar o trabalho do luto. Além disso, “o melancólico nos mostra ainda algo que falta no luto: um rebaixamento extraordinário do seu sentimento de autoestima, um enorme empobrecimento do ego”, que é tido “como indigno, incapaz e moralmente desprezível; ele se recrimina, se insulta e espera ser rejeitado e castigado”<sup>199</sup>.

Nesse passo, tratando-se como objeto, o melancólico destina o objeto perdido contra si próprio, de modo que a melancolia se associa à insônia, à falta de apetite e ao comportamento suicida<sup>200</sup>.

Ana Magnólia Mendes explica que a melancolização relacionada ao trabalho é um sintoma social que tem origem no desfazimento dos laços sociais a partir da reestruturação produtiva pautada na lógica do capital, segundo a qual felicidade e sucesso estão relacionados ao alto desempenho, à produção e ao consumo, e aos discursos gerencialistas voltados para a realização de si mesmo a partir da incorporação do eu-ideal da organização no ideal do eu.<sup>201</sup>

Segundo a teoria psicanalítica, para lidar com o real do trabalho destituído de sentido (o trabalho morto), é necessário que o sujeito no trabalho desista ou negue seu desejo e, assim, se transforme no sujeito do trabalho<sup>202</sup>, esvaziando-se de si mesmo para que consiga permanecer trabalhando<sup>203</sup>.

---

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 30-31.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 32 e 34.

<sup>201</sup> MENDES, Ana Magnólia. Curso: Seminário I – Clínica Psicanalítica do Trabalho. Brasília/França: *La Pause Escola de Psicanálise do Trabalho*, 2020. Notas de Debate.

<sup>202</sup> *Idem*.

<sup>203</sup> “O sujeito da psicanálise é o sujeito do desejo, estabelecido por Freud através da noção de inconsciente, marcado e movido pela falta; distinto do ser biológico e do sujeito da consciência filosófica.” In: TOREZAN, Zeila C. Facci; AGUIAR, Fernando. O sujeito da psicanálise: particularidades na contemporaneidade. *Revista Mal-Estar e Subjetividade*. Fortaleza, v. 11, n. 2, p. 525-554, 2011. “De acordo com a Psicossomática e com a Psiquiatria, ‘o que faz as pessoas viverem é, antes de tudo, o seu desejo’. A Psicossomática estabelece que quando o sujeito se encontra numa situação em que não há mais *desejo*, ele se encontra ‘diante de uma situação perigosa’, não apenas pela possibilidade de afetar sua saúde mental (depressão, tristeza), mas também para o corpo, pois permanecer no estado de ausência de desejo, de negação do desejo, alarga as possibilidades de o corpo adoecer mais facilmente”.

Esses contextos de trabalho são marcados por um quadro de solidão afetiva e pelo empobrecimento das relações sociais no trabalho e das trocas coletivas que, aliados à sobreposição de tempo de vida e de trabalho, dificulta o processo de ressignificação do sofrimento e a elaboração subjetiva do luto no trabalho.

Ana Magnólia Mendes reforça que o trabalho do luto pelos objetos perdidos também é necessário para trabalhar. No trabalhar perdem-se ideias, expectativas, oportunidades, colegas que se afastam pelo adoecimento ou pela dispensa etc<sup>204</sup>. A perda no trabalho, de igual modo, causa sofrimento e dor e a elaboração dessa perda requer tempo e energia do sujeito trabalhador.

Desse modo, se a organização do trabalho se estruturar de tal forma que impossibilite a intervenção do sujeito trabalhador no trabalho prescrito a partir de sua experiência com o real do trabalho, as estratégias de defesa da saúde mental se desarticulam e o caminho do sofrimento patogênico se expande, forjando sujeitos melancolizados. Entre as diversas formas de organização do trabalho na era digital que desencadeiam a melancolização, destaca-se o teletrabalho em domicílio ou *home office*.

Pesquisas incipientes, realizadas antes da pandemia da Covid-19, sinalizam que o teletrabalho pode resultar em “diminuição do tempo de lazer, dificuldade em realizar a desconexão do trabalho, isolamento social, redução da distinção vida profissional/vida privada, menores possibilidades de ascensão profissional, esvaziamento do sentimento de pertencimento, dentre outras”<sup>205</sup> consequências para o trabalhador.

O contexto pandêmico, por sua vez, acelerou a reestruturação produtiva pautada no capitalismo digital. Por certo que, no contexto das tecnologias de informação e comunicação e suas novas modalidades de organização do trabalho, o teletrabalho - especialmente o teletrabalho em domicílio ou *home office* - destaca-se ante a necessidade de contenção da disseminação do coronavírus. No entanto, embora se

---

In: DIAS, Valéria de Oliveira. *A Dimensão Socioambiental do Direito Fundamental ao Trabalho Digno: uma análise na perspectiva do assédio organizacional nos bancos do Distrito Federal*. São Paulo: LTr, 2020, p. 80.

<sup>204</sup> MENDES, Ana Magnólia. Curso: Seminário I – Clínica Psicanalítica do Trabalho. Brasília/França: *La Pause Escola de Psicanálise do Trabalho*, 2020. Notas de Debate.

<sup>205</sup> Kappel, Michele Darlise; MERLO, Álvaro Roberto Crespo. A desestruturação do viver-junto no trabalho e o aparecimento de comportamento suicida: uma reflexão sobre o teletrabalho. In: CALVETE, Cássio da Silva; HORN, Carlos Henrique (Orgs.). **A quarta revolução industrial e a reforma trabalhista: impactos nas relações de trabalho no Brasil**. Porto Alegre: CirKula, 2020, p. 299.

reconheça a especial relevância do teletrabalho na pandemia, trata-se de uma modalidade de organização do trabalho em expansão, que se tornou abrangente, embora desacompanhada de adequada proteção sócio trabalhista.

A legislação trabalhista de emergência, por exemplo, excluiu os teletrabalhadores das regras para o controle de jornada, nos termos do previsto no inciso III do art. 62 da CLT, exceto nos casos de acordo individual de trabalho. Por certo que o teletrabalhador pode, a critério do empregador, flexibilizar seu horário de trabalho, ajustando-o às demandas pessoais e familiares. Apesar disso, a supressão do deslocamento residência-trabalho-residência, em alguns casos, se traduz na exigência de produção por metas superior à exigida no trabalho presencial.

A ausência de delimitação e de controle do tempo de trabalho expõe o teletrabalhador a uma jornada fluída, na qual predomina a flexibilização contínua do tempo e do espaço de trabalho e de vida, o que pode dificultar o exercício do direito à desconexão, dados os imperativos do discurso capitalista colonial, que reverbera na era digital, e a introjeção, pelo sujeito trabalhador, da lógica do capital pautada no alto desempenho.

Além disso, o distanciamento do coletivo de trabalhadores tende a agravar o individualismo e a solidão afetiva, empobrecendo progressivamente a experiência do trabalhar e a própria existência do sujeito<sup>206</sup>. O empobrecimento subjetivo do sujeito, tanto pela impossibilidade de se constituir por meio da fala e do olhar do outro no coletivo de trabalhadores quanto pela impossibilidade de exercer seu direito à desconexão em razão das jornadas excessivas, dificulta o trabalho do luto relacionado ao trabalho, o que pode conduzir à melancolização no e pelo trabalho.

A desmelancolização do sujeito trabalhador individualmente considerado requer a possibilidade de resgatar, do inconsciente, a vivência da perda e elaborá-la. Ana Magnólia Mendes ensina que o resgate e a elaboração da perda são realizados a partir da fala do sujeito e da escuta do *outro*, como a exemplo do analista, que, no processo psicanalítico, se coloca no papel de sujeito invocante<sup>207</sup>.

---

<sup>206</sup> MENDES, Ana Magnólia. Curso: Seminário I – Clínica Psicanalítica do Trabalho. Brasília/França: *La Pause Escola de Psicanálise do Trabalho*, 2020. Notas de Debate.

<sup>207</sup> *Idem*.

A autora ainda pontua que esse outro realiza o papel fundamental de invocar o sujeito melancólico, auxiliando-o no trajeto do trabalho do luto, qual seja, recordar os traumas vividos nas situações de trabalho, simbolizar o objeto perdido - dele se desapegando -, e construir novas formas de se relacionar com o trabalho, a partir da criação de novas narrativas sobre o trabalho que o adoeceu<sup>208</sup>.

Já a reversão do processo de melancolização como sintoma social no e pelo trabalho requer uma reflexão diferenciada. Isso porque esse sintoma social se relaciona com a forma como o trabalho humano é organizado e gerido no contexto capitalista neoliberal e os possíveis impactos na qualidade do ambiente de trabalho e na saúde do coletivo de trabalhadores.

Nessa medida, o sujeito trabalhador deve ser coletivamente considerado, o que requer, na perspectiva jurídica, que o Estado assuma o papel de sujeito invocante, tendo em vista o seu protagonismo, delimitado na Constituição Federal de 1988, na regulação social do trabalho. Tal papel é exercido por meio da produção legislativa e da hermenêutica constitucional que efetivamente tutele o direito fundamental ao trabalho digno, consideradas as três categorias inerentes a sua dimensão socioambiental: o sujeito trabalhador, o trabalho do sujeito e o meio ambiente de trabalho.

#### **4 MEIO AMBIENTE DE TRABALHO EM TEMPOS DE PANDEMIA NA ERA DIGITAL**

Dada a altíssima capacidade de disseminação do novo coronavírus, a pandemia da Covid-19 revelou-se como uma questão ambiental, em seu sentido amplo, uma vez que o risco de contágio adentrou todos os espaços públicos e privados, colocando a saúde e a qualidade de vida individual e coletiva em alerta.

O meio ambiente de trabalho, integrante da dimensão do ambiente humano ou social, foi impactado de forma direta tanto na perspectiva daqueles trabalhadores em isolamento social, cuja prestação de serviços foi deslocada do ambiente organizacional para o ambiente domiciliar, quanto na vida dos trabalhadores impossibilitados de permanecer em isolamento social, em razão da natureza do trabalho prestado.

---

<sup>208</sup>*Idem.*

Aliado a isso, a era digital tem provocado mudanças estruturais no trabalho, remodelando o mercado de trabalho, o processo produtivo e o modo de gestão do trabalho humano, o que requer a ressignificação da dimensão e alcance do meio ambiente de trabalho, especialmente no tocante a uma tutela jurídica que enfatize, com prioridade, o dever de proteção à saúde mental no trabalho.

Mauricio Godinho Delgado salienta que, no paradigma do Estado Democrático de Direito e seu ideal de constituição de uma sociedade política democrática e inclusiva e de uma sociedade civil igualmente democrática e inclusiva, o constitucionalismo alcançou lastro para a afirmação da centralidade da pessoa humana e sua inerente dignidade ao patamar de centro convergente do ordenamento jurídico.<sup>209</sup> Nesse passo, a dimensão constitucional da dignidade implica compreender que os princípios humanísticos e sociais e os direitos fundamentais destinam-se à tutela da pessoa humana, que, em sua condição de sujeito trabalhador, tem sua tutela integral protegida pela efetivação do direito fundamental ao trabalho digno.

Na perspectiva jurídica, o direito fundamental ao trabalho digno se concretiza quando se garante ao sujeito trabalhador acesso ao patamar civilizatório mínimo de direitos fundamentais e humanos previstos no plano jurídico nacional e internacional. Significa dizer que o trabalho é considerado digno quando assegurado o plexo de direitos fundamentais destinados à proteção e à promoção da dignidade humana no exercício do trabalho<sup>210</sup>.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que a dignidade humana é multidimensional, de modo a ser nutrida por dimensões primordiais, entre as quais se destacam as dimensões social e a ambiental.

A dimensão social da dignidade humana encontra suas bases na solidariedade social, que, segundo Tiago Fensterseifer, diz respeito a “uma nova ordem de valores que devem conduzir a ordem econômica rumo a uma produção social e ambientalmente compatível com a dignidade de todos os integrantes do tecido social”, de modo que se

---

<sup>209</sup> DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 46, 49 e 50.

<sup>210</sup> DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006, p. 182-184.

alcance, em compasso com o desenvolvimento econômico, uma melhoria substancial da qualidade de vida para as presentes e futuras gerações<sup>211</sup>.

De igual modo, a dimensão social da dignidade humana se realiza por meio do equilíbrio entre as forças inerentes ao valor social do trabalho e ao valor social da livre iniciativa no mercado capitalista de produção, equilíbrio esse que deve ser norteado pelos valores fundamentais relativos à supremacia do interesse público, aos ditames da justiça social, à “redução das desigualdades sociais, dando especial ênfase, dentro dessa perspectiva, ao princípio da solidariedade”<sup>212</sup>.

A dimensão ambiental da dignidade humana se articula com as condições de desenvolvimento da personalidade pautadas em uma vida digna e saudável. Significa afirmar que, dada a interrelação necessária entre qualidade ambiental e qualidade de saúde e de vida, quando uma ação degradadora colocar em risco o âmbito de proteção da dignidade humana, emerge o dever do Estado e dos particulares de proteção à saúde humana e ao meio ambiente equilibrado<sup>213</sup>.

Assim, tem-se que a tutela integral da dignidade no e pelo trabalho - individual e coletivamente considerada -, requer que se considere, no centro convergente de proteção jurídico-constitucional, a dimensão socioambiental do direito fundamental ao trabalho digno e as três categorias a ela inerentes - o sujeito trabalhador, o valor social do trabalho e o meio ambiente de trabalho. Tal tutela se realiza a partir da proteção concomitante da saúde física e mental e do equilíbrio do meio ambiente laboral com o objetivo de garantir que a realização do trabalho se efetive em patamares que assegurem a dignidade do sujeito trabalhador, sua saúde e segurança, bem como a qualidade ambiental<sup>214</sup>.

O dever de proteção à dignidade humana, considerada a dimensão da saúde, destaca a importância do meio ambiente do trabalho por, ao menos, três razões

---

<sup>211</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental de direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico-constitucional. **Direitos Fundamentais e Justiça**, nº 2, jan./mar. 2008, p. 141.

<sup>212</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1.003 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-8-1994, P, DJ de 10-9-1999.

<sup>213</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito à saúde e proteção do ambiente na perspectiva de uma tutela jurídico-constitucional integrada dos direitos fundamentais socioambientais (DESCA). **BIS, Bol. Inst. Saúde** (Impr.). São Paulo, v. 12, n. 3, 2010, p. 250.

<sup>214</sup> DIAS, Valéria de Oliveira. **A Dimensão Socioambiental do Direito Fundamental ao Trabalho Digno: uma análise na perspectiva do assédio organizacional nos bancos do Distrito Federal**. São Paulo: LTr, 2020, p. 54.



principais. A primeira refere-se ao fato de ser o ambiente laboral parte do meio ambiente no qual, regra geral, a pessoa humana passa a maior parte de sua existência. A segunda, relaciona-se à centralidade do trabalho para a construção da saúde do sujeito trabalhador e afirmação de sua dignidade. A terceira vincula-se à prevalência dos fatores ambientais sobre os fatores biológicos para a determinação das condições de saúde<sup>215</sup>.

Por certo que as tutelas do meio ambiente de trabalho e da saúde do sujeito trabalhador não se restringem à observância das condições físicas, mecânicas, químicas e biológicas presentes nos espaços físicos no qual o trabalho é realizado. Segundo visto no capítulo antecedente, a organização do trabalho é relacionada diretamente com o funcionamento psíquico do sujeito trabalhador e, portanto, com a sua saúde. Desse modo, a organização do trabalho integra o meio ambiente de trabalho por ser fator determinante para a construção da saúde do sujeito no e pelo trabalho.

Essa perspectiva de análise conduz à ilação de que a proteção jurídica dirigida ao sujeito trabalhador alcança tanto a atividade quanto o ambiente no qual ela é desenvolvida, tornando-o, a um só tempo, destinatários de igual tutela jurídica<sup>216</sup>.

Pontue-se que o Texto Constitucional atribui a todo sujeito trabalhador (e não a todo sujeito com vínculo de emprego), o direito ao meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado, cuja qualidade ambiental deve ser compatível com o direito à saúde e à vida, bem como com à redução de todos os riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (arts. 225, *caput*, e 200, *caput* e VIII; 196; 5º, *caput*; 7º, *caput* e inciso XXII, respectivamente).

Além disso, partindo da premissa de que o conteúdo das tarefas, a (im)possibilidade de negociação das regras prescritas na organização do trabalho e a qualidade das relações humanas no trabalho influem na qualidade ambiental e que ela é imprescindível à manutenção de uma sadia qualidade de vida, tem-se que o meio ambiente de trabalho se projeta, para além da perspectiva tradicional subsumida ao espaço específico da relação de emprego, alcançando qualquer outro ambiente no qual o

---

<sup>215</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à promoção e proteção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor: RDC**, v. 17, n. 67, p. 125-172, jul./set. 2008, p. 129-130.

<sup>216</sup> DIAS, Valéria de Oliveira. *op. cit.*, p. 58.

sujeito realiza o seu trabalho de forma vinculada ou estruturalmente subordinada<sup>217</sup> à organização do trabalho prescrito, sem que necessariamente ostente a condição de empregado.

Deve-se considerar, ainda, que o valor social do trabalho humano, aliado à dignidade inerente a todo ser humano, revela a existência do dever fundamental constitucionalmente instituído de preservação do trabalho digno e sua afirmação como direito dos trabalhadores, o qual é concretizado por meio do compromisso do Estado e dos particulares com a efetivação dos direitos fundamentais (art. 1º, *caput* e incisos IV e III, respectivamente).

Nessa passo, em face da precariedade contínua das relações de trabalho e dos modos de gestão pautados no capitalismo neoliberal-digital, sobretudo em tempos de pandemia, emerge o dever do Estado, no sentido de promover a construção legislativa e a hermenêutica constitucional coerente com a comunidade de princípios que conforma o Estado Democrático de Direito, de modo a efetivar a reconstrução do Direito do Trabalho constitucionalizado sob a ótica informativa do direito fundamental ao trabalho digno, que, segundo sua dimensão socioambiental, situa a pessoa humana trabalhadora, o valor social do trabalho e o ambiente de trabalho no centro convergente de proteção jurídico-constitucional, porque indissociáveis no contexto laboral<sup>218</sup>.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na perspectiva da tese defendida por Mauricio Godinho Delgado, a pessoa humana trabalhadora ocupa posição de centralidade na vida socioeconômica e na ordem jurídica, sendo-lhe, portanto, assegurado patamar civilizatório de direitos trabalhistas. A

---

<sup>217</sup> Mauricio Godinho Delgado, ao propor o conceito de subordinação estrutural, esclarece que independente de o trabalhador receber (ou não) ordens diretas e específicas durante a prestação de serviços e de as atividades estarem relacionadas à atividade-fim ou atividade-meio, se ele estiver vinculado à organização tomadora de seus serviços, “absorvendo sua cultura e sua lógica empresariais durante o ciclo de prestação de seu labor e, na medida dessa aculturação, seu poder direcionador e dirigente”, está configurada a subordinação jurídica em sua dimensão estrutural. *In*: DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018, p. 353.

<sup>218</sup> DIAS, Valéria de Oliveira. **A Dimensão Socioambiental do Direito Fundamental ao Trabalho Digno: uma análise na perspectiva do assédio organizacional nos bancos do Distrito Federal**. São Paulo: LTr, 2020, p. 63.

partir dessa noção de centralidade da pessoa humana e do trabalho, é que se defende a tese de que a proteção jurídica do sujeito trabalhador se realiza a partir da tutela integrada do direito à saúde e do direito ao meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado.

Por certo que a pandemia da Covid-19 instaurou um problema de saúde pública internacional com diversas consequências socioeconômicas e inúmeros desafios à saúde do sujeito trabalhador. Aliado a esse quadro multifatorial, tem-se a instauração de um contexto de restrição aos direitos fundamentais trabalhistas e de precarização das relações de trabalho e de emprego, que se agravou com o avanço do capitalismo neoliberal-digital.

Conforme visto, o trabalho ocupa lugar central quando se trata da construção da saúde humana e do livre desenvolvimento da personalidade. A organização do trabalho manifesta pelo modelo de gestão do trabalho humano, por sua vez, é determinante quando se trata de saúde mental e qualidade do ambiente laboral.

Desse modo, a adoção do modelo de gestão toyotista e da ideologia gerencialista do alto desempenho e da excelência inerente ao discurso capitalista neoliberal tendem a esvaziar o sentido social do trabalho e a aprofundar a solidão afetiva relacionada à cisão do coletivo de trabalhadores e dos laços de solidariedade.

Nesse processo, novas formas de constituição da subjetividade são moldadas com lastro nas vivências de sofrimento patogênico, o que possibilita o surgimento de sintomas sociais e de patologias complexas, especialmente aquelas associadas à melancolização no e pelo trabalho.

A melancolização, como sintoma social, está relacionada às incessantes demandas produtivistas inerentes ao modelo de organização do trabalho no capitalismo neoliberal-digital, que se pautam no individualismo, na competição exacerbada e na realização de si mesmo por meio da introjeção dos objetivos organizacionais, o que requer a sobreposição do tempo de vida e de trabalho.

Desmelancolizar-se, na perspectiva jurídica, dados os possíveis impactos na qualidade do ambiente de trabalho e na saúde do coletivo de trabalhadores, requer que o Estado assuma o papel de sujeito invocante e confira, por meio da produção legislativa e da hermenêutica constitucional, igual proteção jurídica ao sujeito trabalhador, ao valor

social do trabalho e ao meio ambiente de trabalho, na esteira das teses do direito fundamental ao trabalho digno e da dimensão socioambiental do direito fundamental ao trabalho digno.

## REFERÊNCIAS

AFONSO, Pedro. O impacto da pandemia de COVID-19 na saúde mental. **Acta Médica Portuguesa**, v. 33, n. 5, p. 356-357, maio de 2020.

ANTUNES, Ricardo. **Coronavírus: o trabalho sob fogo cruzado**. São Paulo: Boitempo, 2020.

CAVALCANTE, Pedro. *A questão da desigualdade no Brasil: como estamos, como a população pensa e o que precisamos fazer*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, set. 2020, p. 7 e 14.

BARARI, Soubhik; et. al. (2020). *Evaluating COVID-19 public health messaging in Italy: self-reported compliance and growing mental health concerns*.

BARRETO, Raquel de Oliveira; GUIMARÃES, Ludmila de Vasconcelos; CALDEIRA, Michele de Castro Caldeira. Da reinvenção dos rituais: o trabalho do luto em meio a pandemia da COVID-19. In: GUIMARÃES, Ludmila de Vasconcelos M.; CARRETEIRO, Teresa Cristina; NASCIUTTI, Jacyara Rocahel (Orgs.). **Janelas da Pandemia**. Belo Horizonte: Editora Instituto DH, 2020

BROOKS, Samantha. K.; et al. The psychological impact of quarantine and how to reduce it: rapid review of the evidence. **The Lancet**, v. 395, march 14, 2020, p. 912-920.

CALVETE, Cássio da Silva; HORN, Carlos Henrique (Orgs.). **A quarta revolução industrial e a reforma trabalhista: impactos nas relações de trabalho no Brasil**. Porto Alegre: CirKula, 2020.

DEJOURS, Christophe. Psicopatologia do trabalho – Psicodinâmica do Trabalho. **Laboreal**, 7, (1), 13-16, 2011.

DEJOURS, Christophe; CARDOSO, Marta Rezende (2001). Christophe Dejours: entrevista. **Agora**, 4(2), 89-94. Recuperado em 10 de abril de 2009, de <http://www.scielo.br/pdf/agora/v4n2/v4n2a07.pdf>.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. O perigo de naturalização da legislação trabalhista de emergência na pandemia. **Jota**, 6 de junho de 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DIAS, Valéria de Oliveira. **A Dimensão Socioambiental do Direito Fundamental ao Trabalho Digno: uma análise na perspectiva do assédio organizacional nos bancos do Distrito Federal**. São Paulo: LTr, 2020.

FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental de direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico-constitucional. **Direitos Fundamentais e Justiça**, nº 2, jan./mar. 2008.

FREUD, Sigmund. **Luto e melancolia**. Tradução: Marilene Carone. Novos estudos, n. 32, mar. 1992.

HONNETH, Axel. Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, v. 8, n. 1, jan.-abr. 2008.

LAMEIRAS, Maria Andreia Parente; CAVALCANTI, Marco Antônio F. de H.; RAMOS, Lauro. PNAD COVID-19 – Divulgação de 2/10/2020 – Principais destaques. **Carta de Conjuntura**, n. 19, 4º trim. 2020. Instituto de Pesquisas Aplicadas.

MENDES, Ana Magnólia. **Desejar, Falar, Trabalhar**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

MENDES, Ana Magnólia; LIMA, Suzana Canez da Cruz; FACAS, Emílio Peres (orgs). **Diálogos em Psicodinâmica do trabalho**. Brasília: Paralelo 15, 2007.

MENDES, Ana Magnólia; VIEIRA, Fernando de Oliveira. Diálogos entre a psicodinâmica e clínica do trabalho e os estudos sobre coletivos de trabalho e práticas organizacionais. **Farol – Revista de Estudos Organizacionais e Sociedade**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 161-213, jun. 2014.

MENDES, Ana Magnólia; VIVÈS, Jean-Michel. Voz do supereu e melancolização no trabalho que adocece. In: COELHO, Rosana; MOTTA, Diego Airoso da (Orgs.). **Psicanálise & Trabalho: retratos do contemporâneo**. Porto Alegre: Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito à saúde e proteção do ambiente na perspectiva de uma tutela jurídico-constitucional integrada dos direitos fundamentais socioambientais (DESCA). **BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)**. São Paulo, v. 12, n. 3, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à promoção e proteção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor: RDC*, v. 17, n. 67, p. 125-172, jul./set. 2008.

TOREZAN, Zeila C. Facci; AGUIAR, Fernando. O sujeito da psicanálise: particularidades na contemporaneidade. **Revista Mal-Estar e Subjetividade**. Fortaleza, v. 11, n. 2, p. 525-554, 2011.

# EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA NO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO

## CLAIM PRECLUSION IN THE SOCIAL SECURITY JUDICIAL PROCESS

Paulo Afonso Brum Vaz<sup>219</sup>

**RESUMO:** Neste breve artigo discorro sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada, tal como prevista no art. 508 do Código de Processo Civil – CPC, no processo previdenciário, que é regido por institutos e princípios próprios. Pretendo demonstrar que a chamada coisa julgada ficta ou presumida tem sido aplicada nos processos previdenciários contrariando a doutrina e a jurisprudência dominantes, que sobre ela têm um entendimento hoje majoritário no sentido de que somente ocorre quando se trate da mesma ação, ou seja, de ação idêntica, o que não ocorre quando se está diante diversa causa de pedir. Mesmo que se admitisse, por hipótese, que é possível reconhecer-se a eficácia preclusiva da coisa julgada em ação diversa, em um forçado esgarçamento dos limites objetivos da coisa julgada, sua aplicabilidade não teria espaço no processo previdenciário devido ao seu predominante caráter social e à natureza alimentar das prestações que são objeto das ações previdenciárias. Ademais, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, realidade e máxima proteção social são incompatíveis com preclusões fundadas em ficção.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Previdenciário; Coisa Julgada; Eficácia preclusiva; Eventualidade; Código de Processo Civil.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Noção de eficácia preclusiva da coisa julgada. 3. A relativa superação do dogma da coisa julgada. 4. Eficácia preclusiva da coisa julgada na doutrina brasileira. 5. Eficácia preclusiva da coisa julgada na jurisprudência dos Tribunais Superiores. 6. Notas acerca da eficácia preclusiva da coisa julgada no Processo Previdenciário. 6.1 A relativa autonomia do processo previdenciário a autorizar tratamento diferenciado a eficácia preclusiva da coisa julgada. 7. Conclusões. Referências.

**ABSTRACT:** In this brief article I discuss the Claim Preclusion, as provided for in art. 508 of the Civil Procedure Code - CPC, in the social security process, which is governed by its own institutes and principles. I intend to demonstrate that the so-called res judicata has been applied in the social security processes, contrary to the prevailing doctrine and jurisprudence that has a majority understanding of it in the sense that it only occurs when dealing with the same action, that is, identical action, which does not happen when there is a different cause to ask. Even if it were admitted, by hypothesis, that it is possible to recognize the Claim Preclusion in different action, in a forced fraying of the objective limits of the res judicata, its applicability would not have space in the social security process due to its predominant social and the food nature of the benefits that are the object of social security actions. Furthermore, the constitutional principles of human dignity, reality and maximum social protection are incompatible with preclusions based on fiction.

**KEYWORDS:** Social Security Process; Res Judicata; Claim Preclusion; Eventuality; Code of Civil Procedure.

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. Notion of preclusive effectiveness of res judicata. 3. The relative overcoming of the dogma of res judicata. 4. Preclusive effectiveness of res judicata in Brazilian doctrine.

---

Artigo recebido em: 18/12/2020

Artigo aprovado em: 08/02/2021

<sup>219</sup> Desembargador Federal do TRF4, Membro da TRS/SC, Juiz Substituto do TRE/SC, Mestre em Administração da Justiça (FGV), Doutor em Direito Público (UNISINOS), Pós-doutorando do IGC – Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra- Portugal, Membro da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social, Professor de Direito Processual Civil na Escola Superior da Magistratura Federal de Santa Catarina – ESMAFESC.

5. Preclusive efficacy of res judicata in the jurisprudence of the Superior Courts. 6. Notes about the preclusive effectiveness of the res judicata in the Social Security Process. 6.1 The relative autonomy of the social security process to authorize differentiated treatment and the preclusive effectiveness of res judicata. 7. Conclusions. References.

## **1 INTRODUÇÃO**

No estudo da coisa julgada, um tema recorrente nos processos previdenciários desponta como relevante em razão das tendências de mitigação da jurisprudência e da doutrina largamente majoritárias, cediças no sentido de que a eficácia preclusiva da coisa julgada, ou coisa julgada ficta, não alcança os fundamentos diversos de uma nova causa de pedir em outra ação.

Neste breve ensaio, com base na doutrina processual pátria e na jurisprudência dominante, analiso a eficácia preclusiva da coisa julgada, tal como preconizada no art. 508 do Código de Processo Civil – CPC, fazendo um corte de abrangência na pesquisa, que fica restrita ao processo previdenciário. Tenciono demonstrar que a chamada coisa julgada ficta ou presumida tem sido aplicada, em julgados esparsos nos processos previdenciários, de forma a contrariar a doutrina e a jurisprudência dominantes, que, sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada, têm um entendimento hoje majoritário no sentido de que somente se aperfeiçoa quando se trate da mesma ação, ou seja, de ação idêntica, variável inócurrenente quando se está diante de nova ação, caracterizada por diversa causa de pedir.

Mesmo que se admitisse, por hipótese, que é possível reconhecer-se a eficácia preclusiva da coisa julgada em ação diversa, enquanto esgarçamento dos limites objetivos da coisa julgada, não teria o instituto aplicabilidade no processo previdenciário, devido ao seu caráter predominantemente social, da natureza alimentar das prestações que são objeto das lides previdenciárias, dos princípios constitucionais da dignidade pessoa humana, da realidade e da proteção social, os quais não se compadecem com preclusões baseadas em ficção no campo dos direitos fundamentais sociais.

## **2 NOÇÃO DE EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA**

A Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXXVI, dispõe que “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Constitucionalmente, a coisa julgada é erigida à condição de princípio estruturante do



Estado Democrático de Direito. No art. 502 do CPC, está definida como “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. Em seguida, no art. 503, tem-se estampado que “A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão expressamente decidida”.

Fosse lícito repetir livremente ações judiciais já julgadas, teríamos instalada a verdadeira insegurança jurídica nas relações individuais e sociais, e o papel pacificador do Poder Judiciário estaria fatalmente comprometido e inviabilizado material e formalmente. A coisa julgada material constitui, portanto, atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário.

Enquanto garantia não somente da segurança jurídica, mas também da própria tutela jurisdicional efetiva e da inafastabilidade do controle jurisdicional (Constituição da República, artigo 5º, inciso XXXV), a coisa julgada assegura, ao litigante vencedor da demanda, que o seu direito, reconhecido judicialmente, não poderá ser revisto em outra ação judicial, assumindo caráter imutável diante do seu oponente, que, depois de vencido, não poderá rediscuti-lo na via judicial.

É entendimento assente na doutrina nacional, por influência da Escola de Liebman, que a coisa julgada material não se compreende na eficácia ou efeitos da sentença, mas sim autoridade da decisão de mérito. Este assunto tormentoso restou pacificado pela atual redação do art. 502 do Código de 2015, “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”, e não a sua eficácia.

A eficácia preclusiva da coisa julgada, que está fundada no “princípio do deduzido e do dedutível”, embora com a coisa julgada propriamente dita não se confunda, constitui dela um corolário, só que baseado em uma ficção preclusiva e nos princípios da eventualidade e da concentração, que impõem aos demandantes deduzir todos os fundamentos de fato e de direito disponíveis, na inicial da ação e na contestação, sob pena de preclusão<sup>220</sup>.

A eficácia preclusiva da coisa julgada encontra assento nos arts. 507 (“É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a

---

<sup>220</sup> O princípio da eventualidade exige que “todos os meios de ataque e defesa devam ser apresentados de uma só vez, com a inicial ou com a contestação, ainda que haja contestação entre eles, *in eventum* que alguns sejam rejeitados, caso em que serão apreciados os demais” (BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. **Revista Forense**, v. 158. p. 59-66).

preclusão”) e 508 do CPC: (“Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido”). Essas redações reproduzem, com pequenas alterações semânticas, os arts. 473 e 474 do CPC de 1973.

Trata-se, portanto, de um instituto baseado nos princípios da preclusão, eventualidade, boa-fé e cooperação, dos quais o processo não pode prescindir para que tenha um “caminhar para frente”, simplificado, célere, colaborativo, provido de boa-fé e objetivamente efetivo. Fredie Didier, assim preleciona:

*Frise-se: a preclusão não serve somente à ordem, à segurança e à duração razoável do processo. Não se resume à condição de mera mola impulsionaladora do processo. A preclusão tem, igualmente, fundamentos ético-políticos, na medida em que busca preservar a boa fé e a lealdade no itinerário processual. A preclusão é técnica, pois, a serviço do direito fundamental a segurança jurídica, do direito à efetividade (como impulsionaladora do processo) e da proteção à boa-fé. É importante essa observação: como técnica que é, a preclusão deve ser pensada e aplicada em função dos valores a que busca proteger<sup>221</sup>.*

O professor Manoel Caetano Ferreira Filho, em sua clássica monografia sobre a preclusão no Direito Processual Civil, salienta a importância da preclusão, todavia ressalva que não se trata de princípio absoluto:

*Em realidade, não existe nenhum país em que impere a adoção de um sistema de preclusões absolutas, nem onde o procedimento seja isento de qualquer preclusão. Ocorre que, como já verificara Calamandrei, é o temperamento de um procedimento elástico com algumas preclusões, prevalecendo ora a elasticidade ora a preclusividade<sup>222</sup>.*

O nosso sistema processual, prova disso são os referidos arts. 507 e 508 do CPC, inclina-se por aplicar o princípio da preclusão apenas de modo endoprocessual (dentro do processo). Apenas a coisa julgada material é que torna imutável a decisão de modo extraprocessual (fora do processo).

Chiovenda, citado por Ferreira Filho, distingue a coisa julgada da preclusão, pontificando que esta somente ocorre em relação à sentença que acolhe ou rejeita o pedido do autor, que lhe reconhece ou nega um bem da vida; a preclusão, ao contrário,

---

<sup>221</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Vol. 1. 14. ed. - JusPodivm, 2012. p. 308.

<sup>222</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no Direito Processual Civil**. Curitiba: Juruá, 1991. p. 15.

“verifica-se em relação àquelas questões que o juiz decide no curso do processo, sejam atinentes ao processo mesmo ou ao mérito”<sup>223</sup>.

*Assim, a coisa julgada produz efeitos fora do processo, enquanto os efeitos da preclusão são limitados ao processo em que se verificar. A preclusão persegue outra finalidade, qual seja a de ‘tornar certo, ordenado e preciso o caminho do processo’. Logo, pode-se dizer que preclusão é um instrumento de que se serve o legislador para conduzir o processo ao seu ato final e, com isso, obter a coisa julgada*<sup>224</sup>.

A questão é saber, a partir da redação aberta e plurissignificativa do art. 508, se a preclusão se limita ao processo, como o refere o art. 507, ao vedar a discussão “no curso do processo”, ou se impede a alegação das matérias preclusas em outro processo.

Fernando Rubin sustenta que, no nosso sistema processual, a eventualidade, que é mais rigorosa em relação às defesas do réu, não obsta ao autor de alegar matérias não suscitadas na inicial em outra ação.

Desde já, todavia, há de se apontar que, a nosso juízo, a técnica da eventualidade apresenta-se sensivelmente mais severa para o réu, ao passo que o autor, não apontando determinados fatos jurídicos ou até pedidos na exordial, pode ser compelido a não mais desenvolver o objeto faltante nesse processo, mas tem o direito (a menos no nosso sistema, que adota a teoria da substanciação) de renová-lo em nova demanda contra o mesmo devedor - dado os evidentes limites à aplicação do atual art. 474 do CPC<sup>225</sup>

Para setores minoritários da doutrina, o art. 508 estende a coisa julgada implícita sobre todos e quaisquer argumentos, expressos ou não, ampliando os limites objetivos da coisa julgada para além da causa de pedir do processo ajuizado. Embora tenha minhas dúvidas se a eficácia preclusiva da coisa julgada, tal como disciplinada no em nosso processo civil, estaria enquadrada no rol das hipóteses de ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, porquanto estes dizem respeito ao que fica efetivamente imutável em razão da expressa decisão, enquanto a eficácia preclusiva incide sobre o que, por não ter sido deduzido e decidido, considera-se tacitamente refutado, esta discussão, todavia, não tem espaço neste breve ensaio de cunho muito mais prático.

---

<sup>223</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no Direito Processual Civil**. Curitiba: Juruá, 1991. p. 69.

<sup>224</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no Direito Processual Civil**. Curitiba: Juruá, 1991. p. 70.

<sup>225</sup> RUBIN, Fernando. A utilização articulada da preclusão e da eventualidade no processo civil. **Revista Eletrônica Lex Magister**. Disponível em: [http://www.lex.com.br/doutrina\\_23047789\\_A\\_UTILIZACAO\\_ARTICULADA\\_DA\\_PRECLUSAO\\_E\\_DA\\_EVENTUALIDADE\\_NO\\_PROCESSO\\_CIVIL.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_23047789_A_UTILIZACAO_ARTICULADA_DA_PRECLUSAO_E_DA_EVENTUALIDADE_NO_PROCESSO_CIVIL.aspx). Acesso em: 25 ago. 2020.

Em síntese, pode-se afirmar que a autoridade da coisa julgada produz efeito de imutabilidade ao que foi decidido sob o crivo do contraditório efetivo e de ampla cognição, a eficácia preclusiva é periférica, consubstanciando preclusão sobre as alegações e defesas que, por não terem sido deduzidas no curso do processo, sequer foram discutidas. O que a coisa julgada e a sua eficácia preclusiva impedem, portanto, é que os fatos e o direito em que se fundamentaram a sentença voltem a ser discutidos no concernente a mesma relação entre o pedido e a causa de pedir, mas não impedem que eles sejam reexaminados e julgados em outro processo que tenha por objeto ação diversa, ou seja, com outra causa de pedir, embora o pedido venha a ser o mesmo.

### **3 A RELATIVA SUPERAÇÃO DO DOGMA DA COISA JULGADA**

Não existem princípios constitucionais nem direitos fundamentais absolutos. Embora imprescindível à segurança jurídica e à unidade da jurisdição, valores estruturantes do Estado Democrático de Direito, a coisa julgada, assim como todos os demais princípios constitucionais, não é um princípio absoluto e insuperável.

Já decidiu o STF:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição (STF, RJT 173/807-808, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

O que não se pode admitir é banalização da coisa julgada, ou seja, a leniência e a predisposição à supressão da imutabilidade que lhe é decorrente diante de hipóteses em que não se esteja diante de autêntica colidência de princípios ou direitos fundamentais constitucionais, ou quando não se verifiquem razoabilidade e proporcionalidade nos motivos que podem autorizar a eventual ponderação relativizante.

Em seu ensaio sobre a relativização da coisa julgada material, o insigne processualista Cândido Dinamarco não faz apologia gratuita à pura e simples derrogação do instituto da coisa julgada, o que, além de inviável, não seria do seu perfil. O que ele sustenta é que "os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual". E foi muito preciso em seu comentário acerca da superação do dogma da coisa julgada, ao dizer que o valor da

segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é, portanto, a garantia da coisa julgada, “porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da justiça das decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça (Const., art. 5º, inc. XXXV)”. E arremata:

É imperioso equilibrar com harmonia as duas exigências divergentes, transigindo razoavelmente quanto a certos valores em nome da segurança jurídica, mas abrindo-se mão desta sempre que sua prevalência seja capaz de sacrificar o insacrificável. Nessa perspectiva metodológica e levando em conta as impossibilidades jurídico-constitucionais acima consideradas, conclui-se que é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado, redondo<sup>226</sup>.

É nesta perspectiva que conduzo estas singelas perorações, almejando justamente encontrar os caminhos para uma compreensão do fenômeno da coisa julgada que integre os princípios e garantias constitucionais do litigante com os ideais de justiça social, tal como preconizados na Carta Magna.

#### **4 EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA NA DOUTRINA BRASILEIRA**

Para os arautos de uma compreensão literal e mais restritiva, baseada nos princípios da concentração e da eventualidade, o não deduzido faz coisa julgada ficta mesmo em outra ação, porque não se pode admitir o fatiamento do direito em diversas ações. Assim, se a parte deixa de alegar um fundamento de fato ou de direito, depois da sentença de mérito, não mais poderá fazê-lo, acobertado que fica pela presunção de que foi rechaçado. Neste sentido as respeitáveis posições de Ovídio Araújo Baptista da Silva<sup>227</sup> e de Araken de Assis.<sup>228</sup>

A doutrina é, todavia, amplamente majoritária no sentido de que eficácia preclusiva da coisa julgada material não alcança as causas de pedir não suscitadas e discutidas no processo. É assente que, se a parte deduzir outra causa de pedir, a demanda será diferente (outra) inexistindo a tríplice identidade que autoriza o reconhecimento da coisa julgada material.

---

<sup>226</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Disponível em: <http://www.processocivil.net/novastendencias/relativizacao.pdf>. Acesso em 30 ago. 2020.

<sup>227</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Sentença e coisa julgada**. 2. ed. - Porto Alegre: SAFE, 1988.

<sup>228</sup> ASSIS, Araken de. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. **Saneamento do processo: estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda**. Porto Alegre: SAFE, 1989.

É cediço que o pedido se identifica pela causa de pedir e de acordo com a teoria da substanciação, pela qual precisam ser deduzidos na inicial os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido. O art. 508 do CPC dispõe que “Transitada em julgado a decisão de mérito... O mérito, a luz da melhor doutrina, é a relação existente entre o pedido e a causa de pedir. Botelho de Mesquita vaticinou que “Decisão de mérito é a que o juiz pronuncia sobre a relação existente entre o pedido e a causa de pedir”<sup>229</sup>. Portanto, se não há cognição judicial sobre esta relação, não há o julgamento de mérito indispensável à formação democrática da coisa julgada material.

Na literatura do processo civil, a partir do escólio de Barbosa Moreira,<sup>230</sup> é largamente majoritário o entendimento de que os fatos não suscitados nem discutidos na primeira demanda ficam alforriados dos efeitos preclusivos da coisa julgada. Para o saudoso professor e magistrado, “isso significa que a preclusão das questões logicamente subordinantes apenas prevalece em feitos onde a lide seja a mesma já decidida, ou tenha solução dependente da que se deu à lide já decidida”<sup>231</sup>.

Além de Barbosa Moreira, Moniz de Aragão, Luiz G. Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, Fredie Didier, Sérgio Gilberto Porto, Humberto T. Júnior, Fernando Rubin, Antônio do Passo Cabral e Alexandre Câmara, entre tantos outros processualistas de nomeada, entendem que a eficácia preclusiva não impede a reformulação do mesmo pedido, com base em outra causa de pedir, mesmo que se trate de causa de pedir que poderia ter sido alegada na primeira ação, mas que não o foi. Trata-se de uma compreensão que só reconhece, quanto às alegações implícitas, a eficácia preclusiva da coisa julgada formal.

O professor Egas Moniz de Aragão sustenta que as alegações e defesas que ficam cobertas pela coisa julgada são as que se contêm no objeto do processo, ou seja, no pedido do autor qualificado pela causa de pedir. O que estiver fora disto escapa ao alcance da eficácia preclusiva da coisa julgada, sob pena de violação do inciso XXXV do art. 5º da CR, que está no mesmo nível constitucional do que assegura a própria coisa

---

<sup>229</sup> BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio; LOMBARDI, Mariana C.; AMADEO, Rodolfo C. M. R.; DELLORE, Luiz G. P.; ZVEIBIL, Daniel G. O colapso das condições da ação?: um breve ensaio sobre os efeitos da carência de ação. **Revista de Processo**, Ano 32, n. 152, out. 2007. p. 23.

<sup>230</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. *Temas de direito processual - Primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 97-108.

<sup>231</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. *Temas de direito processual - Primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 102.

julgada, prevista no inciso XXXVI do mesmo dispositivo. O efeito preclusivo da coisa julgada ocorre apenas na lide julgada, mas não em outra lide, objeto de novo processo, nada impedindo ao interessado deduzir a alegação ou defesa omitida em um novo processo, em que outra seja a lide.<sup>232</sup>

O professor Sérgio Gilberto Porto, em sua obra “Coisa Julgada Civil”, apresenta um panorama sintético sobre a questão, enquadrando a eficácia preclusiva da coisa julgada dentro do tema limites objetivos da coisa julgada. Com base na teoria da substanciação, adotada pelo nosso sistema processual, sustenta que, sob pena de violação ao art. 5º, XXXV, da CR:

não há como considerar consumidas todas as causas capazes de suportar o pedido, sem provocar profunda ablação na harmonia do sistema que admite a ideia de coisa julgada a partir da teoria da tríplice identidade.

Assim, a ação de separação julgada improcedente, tendo como base a causa de pedir definida pelo “fato único” adultério, não impediria ao cônjuge vencido propor nova ação, com base agora na embriaguez a habitual, uma “causa de pedir complexa” e que pressupõe a reiteração da conduta ensejadora da “insuportabilidade da vida em comum” em face da ebriedade<sup>233</sup>.

Marinoni e Arenhart questionam quais seriam os temas não deduzidos que ficam acobertados pela previsão do art. 474, presumindo-se que tenham sido alegados e rechaçados. Para tanto, partem do seguinte exemplo: sendo rejeitado o pedido em ação de despejo promovida sob o fundamento de danos ao imóvel, poderia ser ajuizada nova demanda com base no não pagamento dos aluguéis? Como se trata de duas causas de pedir distintas (danos no imóvel e não pagamento de aluguéis), a resposta é positiva. Por isso, citados autores da escola paranaense afirmam que apenas as questões relativas à mesma causa de pedir ficam preclusas em função da incidência da previsão do art. 474. Todas as demais são livremente dedutíveis em demanda posterior<sup>234</sup>.

O professor Antônio do Passo Cabral, festejado processualista da nova geração, assim resumiu a questão:

---

<sup>232</sup> ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

<sup>233</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa Julgada Cível: Análise, Crítica e atualização**. Rio: Aide, 1988. 86-88.

<sup>234</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. São Paulo: RT, 2005. p. 629.

Por fim, cabe ressaltar que a vedação decorrente da eficácia preclusiva da coisa julgada tem aplicação apenas se estivermos diante da mesma causa de pedir. Afinal, em se tratando de um dos elementos identificadores da demanda (art. 337, §§ 1.º e 2.º do novo CPC), haveria propositura de nova ação, baseada em outros fatos. Por exemplo, se em um primeiro processo houve pedido de anulação de um ato jurídico por um determinado vício do consentimento (por exemplo, erro); mesmo após o trânsito em julgado da sentença de improcedência do pedido, é possível à parte ajuizar outra demanda pedindo a anulação do mesmo ato jurídico alegando outro vício (por exemplo, dolo ou coação), ainda que não o tenha alegado no primeiro processo. Portanto, se a discussão disser respeito a outros fatos, havendo nova *causa petendi*, as partes podem lançar mão de qualquer argumento mesmo que omitido na primeira litigância judicial.<sup>235</sup>

Esse também é o entendimento do professor mineiro Humberto Theodoro Júnior lecionando que:

Só prospera a exceção de coisa julgada quando o novo processo reproduz o anterior, isto é, quando nos dois a lide é a mesma. E, como ensina Carnelutti, só há identidade de lide quando os seus elementos – sujeitos, objeto e pretensão – são os mesmos. Assim dispõe textualmente o art. 301, § 2º, de nosso Código. Para aplicação, portanto, da norma do art. 474, a comparação há de ser feita não entre as diversas pretensões formuladas nos dois processos, mas sim entre as decisões de mérito, porque só transitam em julgado as soluções da lide (art. 468).<sup>236</sup>

O professor Alexandre Freitas Câmara, na linha da doutrina antes citada, reconhece que faz coisa julgada apenas "aquilo que foi deduzido no processo e, por conseguinte, objeto de cognição judicial"<sup>237</sup>.

Consoante expressa previsão do art. 504, I, confortada pela doutrina e jurisprudência, os motivos não são alcançados pelos limites objetivos da coisa julgada, de modo que poderão ser alegados em outra ação. É possível que as questões que possam influenciar na decisão final não tenham sido exaustivamente analisadas no processo porque a parte: a) deixou de suscitar (e não era possível ao magistrado conhecê-las de ofício), ou b) o magistrado omitiu-se em apreciá-las, mesmo tendo sido suscitadas. Tais questões, que podem ter sido omitidas por uma série de fatores na decisão originária, justamente por se encontrar fora do alcance objetivo da *res iudicata*, podem ser trazidas novamente ao debate em outra demanda.

---

<sup>235</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil, Disponível em: [https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4231064/mod\\_resource/content/1/Antonio%20do%20Passo%20Cabral%20Comentario%20arts.%20502%20a%20508%20-%20Breves%20Comentarios.pdf](https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4231064/mod_resource/content/1/Antonio%20do%20Passo%20Cabral%20Comentario%20arts.%20502%20a%20508%20-%20Breves%20Comentarios.pdf). Acesso em: 20 jul. 2020.

<sup>236</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Curso de direito processual civil**. Vol. I. 49. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 551.

<sup>237</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 532.



Portanto, a análise da eficácia preclusiva só terá relevância se houver potencialidade de ofender a coisa julgada pretérita. O que essa autoridade impõe, em sua essência, é a impossibilidade de futuro processo vir a desconhecer ou diminuir o bem ou a situação jurídica material reconhecida à parte no julgamento anterior<sup>238</sup>.

Vê-se, neste diapasão, que a doutrina refratária à teoria da unidade objetivada da ação, superando os princípios da preclusão/eventualidade/concentração e admite múltiplas ações contra o mesmo réu, com base em causas de pedir diversas.

E a questão me parece não ser a eventual má-fé do autor da ação em fazer ações diversas, por partes, a moda Jack, o Estripador. Tal afirmativa, encontrada em alguns julgados, que adotam a minoritária teoria restritiva, parte da presunção de má-fé. Ocorre que má-fé não se presume e precisa ser comprovada. Ninguém, em sã consciência, fariaria seu direito em diversas ações. Qual seria a vantagem?

Como tentarei explicar mais adiante, dentro dos limites do processo previdenciário, a existência de duas ou mais ações com causas de pedir diferentes, mas pedidos idênticos, deriva invariavelmente de desnecessidades e impossibilidades momentâneas, de quinadas jurisprudenciais e de hipóteses de falta e superveniência de interesse de agir, mas quase nunca de estratégia adrede montada pelo autor da ação para se beneficiar, formulando propositalmente várias ações. E o que é mais importante, não violam a coisa julgada material, pois não interferem nas preclusões legítimas ocorridas endoprocessualmente. Na maioria dos casos, sobretudo quando se trata de direitos da seguridade social, culmina a segunda ação, com causa de pedir diversa, corrigindo equívocos de apreciação da primeira quanto ao exame de provas, dado que conspira com frequência para a necessidade de uma segunda incursão na via judicial.

## **5 EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

No direito jurisprudencial, observam-se precedentes assentando que as alegações e defesas dedutíveis não estão acobertadas pelos limites objetivos da coisa julgada material e podem ser livremente debatidas em outro processo, desde que, por essa via, não se procure ofender, ainda que obliquamente, a coisa julgada.

---

<sup>238</sup> MONTANS DE SÁ, Renato, Eficácia preclusiva da coisa julgada. In: SCARPINELLA BUENO, Cássio (Coord.) **Coleção Direito e Processo**, São Paulo: Saraiva, 2011. p. 209.

A imutabilidade própria da coisa julgada alcança o pedido com a respectiva causa de pedir. Não esta última isoladamente, pena de violação do disposto no art. 469, I, do CPC. A norma do art. 474 do CPC faz com que se considerem repelidas também as alegações que poderiam ser deduzidas e não o foram, o que não significa haja impedimento a seu reexame em outro processo, diversa a lide", afirmou o STJ no REsp. n. 11.315/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, j. 31.08.92, DJ 28.09.92.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, colhe-se o seguinte julgado:

A norma inscrita no art. 474 do CPC impossibilita a instauração de nova demanda para rediscutir a controvérsia, mesmo que com fundamento em novas alegações (...). A autoridade da coisa julgada em sentido material estende-se, por isso mesmo, tanto ao que foi efetivamente arguido pelas partes quanto ao que poderia ter sido alegado, mas não o foi, desde que tais alegações e defesas se contenham no objeto do processo. (STF, RE 251666-AgRg/RJ, Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJU 22/02/2002).

Nesse sentido, têm-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil. TDA. Expurgos inflacionários. Pedidos cumulados. Omissão quanto a um deles. Nova demanda. Inocorrência de coisa julgada. 1. 'O art. 468 do CPC estabelece que a coisa julgada se restringe aos limites das questões decididas. Assim, se houve cumulação de pedidos na ação originária e não se verifica qualquer espécie de decisão acerca de um deles, mesmo que implicitamente, descabe falar em coisa julgada, não havendo óbice a que tal pleito seja discutido em nova relação processual' (STJ, REsp 590657/RS, 3.ª T., Min. Castro Filho, DJ 23.05.2005). 2. Recurso especial a que se dá provimento (REsp 744.255/DF, 1.ª T., j. 06.09.2005, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 19.09.2005, p. 219).

Recurso especial. Processual civil. Coisa julgada. Inexistência. Pedido formulado. Ausência de apreciação. O art. 468 do CPC estabelece que a coisa julgada restringe-se aos limites das questões decididas. Assim, se houve cumulação de pedidos na ação originária e não se verifica qualquer espécie de decisão acerca de um deles, mesmo que implicitamente, descabe falar em coisa julgada, não havendo óbice a que tal pleito seja discutido em nova relação processual. Precedentes do STJ e STF. Recurso provido (STJ, REsp 590.657/RS, 3.ª T., j. 03.05.2005, rel. Min. Castro Filho, DJ 23.05.2005, p. 273).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. PEDIDO FORMULADO E NÃO APRECIADO. 1. O artigo 468 do Código de Processo Civil estabelece que a coisa julgada restringe-se aos limites das questões decididas. 2. Assim, a imutabilidade da autoridade da coisa julgada existirá se o juiz decidiu a lide nos limites em que foi proposta pelo autor. Sendo necessário, para que haja coisa julgada, que exista pedido e, sobre ele, decisão. 3. Por essa razão, a parte que não foi decidida – e que, portanto, caracteriza a existência de julgamento *infra petita* –, poderá ser objeto de nova ação judicial para que a pretensão que não fora decidida o seja agora. 4. Embargos de divergência conhecidos e providos. (STJ, Embargos de

## **6 NOTAS ACERCA DA EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA NO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO**

Vou iniciar este tópico, que é alma do presente artigo, tentando elencar, exemplificativamente, algumas hipóteses em que é possível reconhecer fundadas razões para a não alegação de determinadas matérias na primeira ação, sem que isso represente má-fé ou manobra escusa do segurado. Em outras palavras, tenciono evidenciar que raramente haverá má-fé do segurado quando deixa de suscitar em um primeiro processo certas matérias.

As hipóteses mais comuns são de ações que se sucedem com postulações de especialidade em relação a períodos de tempo diversos ou exposição a diversos agentes nocivos. Ainda, ações sucessivas em que se busca, em um reconhecimento de tempo de contribuição, e em outra tempo especial, em relação a períodos de tempo já decorridos na primeira demanda. Em todas estas hipóteses, o objeto da segunda ação poderia ter sido incluído na primeira e, por leitura ampliativa e precipitada do art. 508 do CPC, não tendo sido nessa deduzido, considerar-se-á repellido.

A existência de lide posterior pode ser fator relevante. Se, em relação ao objeto da segunda ação, ao tempo em que ajuizada a primeira, não houver lide, no sentido de pretensão resistida, por óbvio que era totalmente desnecessário incluir na primeira ação aquela causa de pedir e aquele pedido. **O legítimo interesse se aperfeiçoa com a pretensão resistida. Hipóteses há em que, por não haver resistência na via administrativa a determinada pretensão, não é ela deduzida na primeira ação. Devemos lembrar que a exigência de prévio requerimento na via administrativa data de 2014. Portanto, antes de o STF criar o precedente vinculante não era exigido o prévio requerimento. Naquele tempo, parece ser razoável que não se alegasse em juízo matérias que, ao tempo do ajuizamento, não eram sequer controvertidas.**

Muitas vezes, o segurado sequer postula administrativamente aquele período de tempo, porque entende que ele é desnecessário, somente o fazendo depois, quando, então, com o indeferimento na instância administrativa, aperfeiçoa-se o interesse de agir. Outras vezes, é o desconhecimento da possibilidade de contagem ou da natureza especial do tempo de serviço que define a estratégia de ação. Como o direito

previdenciário é cambiante do ponto de vista normativo e jurisprudencial, é compreensível a opção de não utilizar uma causa de pedir, justamente porque outra, com instrução probatória mais singela, já pode garantir a concessão do benefício, como, por exemplo, um tempo de serviço especial até então incontroverso.

Pode-se aqui imaginar a situação da Reforma Previdenciária (EC 103/19) que tornou a acessibilidade aos benefícios muito mais difícil. É natural que tempos remotos sejam buscados para possibilitar as fugas das novas regras. Ou, ainda, a situação do pedido de benefício diverso, que não decorre de manobra escusa, mas sim do exercício do direito de ação e de esgotamento das possibilidades que o direito adquirido concede ao segurado.

As quinadas jurisprudenciais, abruptas muitas vezes, violando o princípio da promoção da confiança e as legítimas expectativas de direito, também pregam peças nos segurados. Com os limites do ruído isso aconteceu quando o STJ, em precedente vinculante, atropelou a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais. Muitos segurados apostaram todas as suas fichas no agente físico ruído, porque garantidos pela jurisprudência dominante. Com alteração dos limites permissivos, perderam as ações. Voltam a juízo depois para postular a especialidade com base em outro agente nocivo, que, embora já existente, não foi esgrimido, porque não se fazia necessário. Também a viragem de jurisprudência a respeito do direito intertemporal pode determinar o surgimento do interesse que antes não havia.

Aqui, torna-se necessário analisar a questão à luz do princípio da proteção e da promoção da confiança. *O exemplo daqueles segurados* em que o advogado confiou na especialidade pela presença do agente físico ruído acima de 85 decibéis – único agente nocivo estampado no formulário para requerimento da aposentadoria especial –, por haver justificada confiança nas Súmulas 32 da TNU e 198 do extinto TFR, na Lei de Benefícios (arts. 57 e 58), na Constituição Federal (artigo 201, § 1º), enfim, na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Parece inequívoco que a inesperada superação dessa jurisprudência pelo Superior Tribunal de Justiça, sem a devida modulação de efeitos, causou surpresa e injustiça a todos que nela pautaram sua conduta, mormente para os trabalhadores sujeitos a outros agentes nocivos – não indicados no formulário<sup>239</sup>.

---

<sup>239</sup> Estudo mais aprofundado encontra-se em: VAZ, Paulo A. B.; SAVARIS, José A.; SCHUSTER, Diego Henrique. **A garantia da coisa julgada no processo previdenciário**: para além dos paradigmas que limitam a proteção social. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

Acresça-se ainda a descoberta de provas novas, que dá azo à Ação Rescisória nos casos de ação improcedente com exame dos fatos jurídicos sob o ângulo de provas deficitárias (art. 966, VIII, do CPC). Obviamente, tal situação pode autorizar nova ação quando sequer se compreendia no pedido e na causa de pedir da demanda anterior aquele tempo de serviço.

Eventualmente, em uma primeira ação se busca o reconhecimento da especialidade pela exposição a determinado agente nocivo, e, em uma segunda ação, a reafirmação da Data da Entrada do Requerimento (DER). Por evidente, está-se diante de causas de pedir diversas, não incidindo a eficácia preclusiva da coisa julgada.

De fato, quando postulada numa mesma demanda a declaração de tempo especial pela exposição do trabalhador a agentes nocivos e a concessão de benefício previdenciário pela reafirmação da data de ingresso do requerimento administrativo, o que se tem, a rigor, é um concurso objetivo próprio de ações num único processo. No concurso objetivo próprio, há pluralidade de causas de pedir autorizadoras, cada uma delas, da formulação de um mesmo pedido. Não tendo a ação anteriormente proposta decidido a questão do preenchimento dos requisitos do benefício previdenciário *sob o ângulo da viabilidade de reafirmação da DER*, a conclusão necessária é a de que **não houve decisão acerca desse tema específico, não existindo coisa julgada.**

**Fatos supervenientes que, em tese, poderiam ser alegados e reconhecidos na primeira ação, como o agravamento de uma doença, mas que não o são por motivos variados que estão distantes de constituir má-fé do segurado, também não ficam submetidos à coisa julgada presumida.**

## **6.1 A RELATIVA AUTONOMIA DO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO A AUTORIZAR TRATAMENTO DIFERENCIADO A EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA**

A premissa epistemológica que está na base das perorações que seguem tem suporte jurídico formal e material em dois fatores: i) na natureza alimentar dos benefícios previdenciários, tal como expressamente reconhece o art. 100 da CR; ii) no reconhecimento doutrinário e jurisprudencial de uma relativa autonomia didático-científica do processo previdenciário, decorrência de sua regência típica a partir de

princípios e institutos, adrede concebidos na doutrina e na jurisprudência, que lhe são específicos.

Sobre a natureza alimentar das prestações previdenciárias (§ 1º do art. 100 da CR), deve-se reconhecer a sua invergadura de princípio constitucional, corolário mesmo da Dignidade da Pessoa, valor estruturante do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CR), o qual precisa ser harmonizado com outro princípio constitucional que é o da segurança jurídica. A eficácia preclusiva da coisa julgada, mesmo que se admita a tese ampliativa, para açambarcar todas as causas de pedir possíveis, vai atuar como mecanismo de harmonização da colidência entre os dois princípios. Ninguém ousaria tentar sobrepor a coisa julgada aos alimentos devidos àqueles que deles necessitam e preenchem os requisitos legais para a sua obtenção em face do Estado. Preservam-se os núcleos essenciais de ambos os princípios – segurança jurídica e dignidade humana.

Propõe-se uma nova abordagem ou viés ao conhecido princípio da primazia da realidade, típico do Direito do Trabalho, e construído para que a realidade, a prática e o mundo dos fatos sempre se sobreponham à verdade formal documentada (Américo Plá Rodríguez<sup>240</sup>). Aqui, a ficção ou presunção, edificadas sobre uma situação faticamente inexistente (uma causa de pedir não deduzida), quando utilizada para suprimir um direito da seguridade social, ela cede espaço para a realidade, para o mundo sensível dos fatos. A formalidade insculpida na presunção sem lastro de realidade deve ceder à substancialidade do direito que não pode por ela (a forma) ser constrangido, em razão do seu caráter alimentar e vital, sob pena de inconstitucionalidade por violação ao princípio da máxima proteção social.

Acerca da autonomia do processo previdenciário, que é regido por princípios e institutos próprios, foi ela reconhecida pelo STJ em precedente vinculante cuja transcendência dos seus motivos determinantes autoriza sua consideração em todos os processos previdenciários. Neste emblemático precedente, o Tribunal da Cidadania consagrou a natureza especial do processo previdenciário, admitindo que nele há uma relativa mitigação ou "flexibilização dos rígidos institutos processuais", admitindo-se maior maleabilidade procedimental, consoante a ementa do Tema 629/STJ:

---

<sup>240</sup> RODRÍGUEZ, [Américo Plá](#). **Los principios del Derecho del Trabajo**. Depalma: Buenos Aires, 1978, p. 313.

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO Nº 8/STJ. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. AUSÊNCIA DE PROVA MATERIAL APTA A COMPROVAR O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL. CARÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, DE MODO QUE A AÇÃO PODE SER REPROPOSTA, DISPONDO A PARTE DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA COMPROVAR O SEU DIREITO. RECURSO ESPECIAL DO INSS DESPROVIDO.

1. Tradicionalmente, o Direito Previdenciário se vale da processualística civil para regular os seus procedimentos, entretanto, não se deve perder de vista as peculiaridades das demandas previdenciárias, que justificam a flexibilização da rígida metodologia civilista, levando-se em conta os cânones constitucionais atinentes à Seguridade Social, que tem como base o contexto social adverso em que se inserem os que buscam judicialmente os benefícios previdenciários.

2. As normas previdenciárias devem ser interpretadas de modo a favorecer os valores morais da Constituição Federal/1988, que prima pela proteção do Trabalhador Segurado da Previdência Social, motivo pelo qual os pleitos previdenciários devem ser julgados no sentido de amparar a parte hipossuficiente e que, por esse motivo, possui proteção legal que lhe garante a flexibilização dos rígidos institutos processuais. Assim, deve-se procurar encontrar na hermenêutica previdenciária a solução que mais se aproxime do caráter social da Carta Magna, a fim de que as normas processuais não venham a obstar a concretude do direito fundamental à prestação previdenciária a que faz jus o segurado.

3. Assim como ocorre no Direito Sancionador, em que se afastam as regras da processualística civil em razão do especial garantismo conferido por suas normas ao indivíduo, deve-se dar prioridade ao princípio da busca da verdade real, diante do interesse social que envolve essas demandas. [...].

6. Recurso Especial do INSS desprovido. (REsp 1352721/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/12/2015, DJe 28/04/2016).

A propósito, cumpre trazer à baila as judiciosas ponderações de José Antônio

Savaris:

Enquanto o processo civil se mostra exuberante no que conquista de mais elevada segurança com o instituto da coisa julgada, o direito processual previdenciário é guiado por um princípio fundamental de que o indivíduo não pode ser separado de seu direito de sobreviver pela solidariedade social por uma questão formal. Não é adequado que se sepulte, de uma vez por todas, o direito de receber proteção social em função da certeza assegurada pela coisa julgada, quando a pessoa, na realidade, faz jus à prestação previdenciária que lhe foi negada judicialmente. Tal como no direito penal, se admite a revisão criminal para beneficiar o réu quando, por exemplo, são descobertas novas provas que o favoreçam, o processo previdenciário pauta-se pelo comprometimento, a todo tempo, com o valor que se encontra em seu fundamento: a proteção social do indivíduo vulnerável, essa essencial dimensão de liberdade real e dignidade humana. Em relação a este valor, é de se reconhecer, a segurança contraposta deve ser superada como um interesse

menor. A coisa julgada não deve significar uma técnica formidável de se ocultar a fome e a insegurança social para debaixo do tapete da forma processual, em nome da segurança jurídica. Tudo o que acontece, afinal, seria apenas processual, mesmo que seus efeitos sejam desastrosos para a vida real. A fundamentação para a aceitação do que acima foi proposto não se dá apenas pelas três primeiras características da singularidade previdenciária. Também o caráter público do instituto de previdência que assume o polo passivo da demanda é relevante, pois não haverá o sentimento de eterna ameaça de renovação de um litígio ou de revisão de uma sentença. Não há insegurança em se discutir novamente uma questão previdenciária à luz de novas provas, como inexistente segurança na possibilidade de se rever uma sentença criminal em benefício do réu. O que justifica esta possibilidade é justamente o valor que se encontra em jogo, a fundamentalidade do bem para o indivíduo e sua relevância para a sociedade. Mais ainda, não se pode esquecer que o indivíduo agravado com a sentença de não proteção se presume hipossuficiente (*em termos* econômicos e informacionais) e sofrendo ameaça de subsistência pela ausência de recursos sociais. Seria minimamente adequada a sentença que impõe ao indivíduo a privação perpétua de cobertura previdenciária a que, na realidade, faz jus? Em nome do quê, exatamente? De outro lado, a entidade pública chamada a conceder a prestação previdenciária tão somente operará na melhor aplicação do princípio da legalidade, entregando ao indivíduo o que, ao fim e ao cabo, lhe era mesmo devido por lei<sup>241</sup>.

A partir da natureza alimentar das prestações que são objeto da lide previdenciária e da relativa autonomia procedimental, que conferem ao processo previdenciário um sentido mais voltado a ampliar o acesso dos presumidamente hipossuficientes à Justiça Previdenciária, é que se pode colocar em discussão a eficácia preclusiva da coisa julgada apenas nos processos previdenciários, sem qualquer comprometimento de uma perspectiva mais restrita aos processos entre particulares, a qual pode não atender adequadamente as suas peculiaridades e idiosincrasias do processo previdenciário.

A eficácia preclusiva da coisa julgada prevista no art. 508 do CPC/15 deve receber uma exegese que leve em conta a natureza especial do Direito Processual Previdenciário. Se nas relações privadas o princípio da eventualidade impõe que todas as alegações e defesas sejam vertidas com a inicial e com a contestação, sob pena de se considerarem deduzidas, na relação de direito previdenciário, marcada pelo caráter alimentar das prestações e pela primazia da proteção social, isso não acontece.

---

<sup>241</sup> SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 89/91.



A presumida hipossuficiência econômica e informacional dos que postulam prestações sociais previdenciárias e a natureza alimentar destas são incompatíveis com o julgamento implícito, que abandona a realidade. Se, por exemplo, deixa-se de deduzir na inicial uma causa de pedir ou um pedido, como, por exemplo, requerer o reconhecimento da especialidade de um tempo de serviço, incumbe ao INSS, depositário das informações e com domínio sobre os complexos critérios de cômputo, esclarecer ao juízo – dever de informar e conceder o melhor benefício -, que deve levar em conta o que realmente existe independentemente de expresso pedido.

Com esse entendimento, tem-se que, em matéria previdenciária, *"a norma do art. 474 do CPC não atinge o direito da parte autora que não foi objeto da demanda"* (TRF4, Apel/Reex. n. 50095123320114047001/PR, 6ª Turma, Rel. Juiz Federal Paulo Paim, j. 09.07.2014, DJE 10.07.2014). Da mesma forma, *"A eficácia preclusiva da coisa julgada não atinge a pretensão relacionada com algum direito do segurado que não tenha sido tratado na demanda anterior"* (TRF4, AC 50111485520124047112/RS, Rel. Juíza Federal Bianca G. C. Arenhart, 6ª Turma, j. 26/07/2017). No mesmo sentido, outros tantos precedentes da 5ª Turma do TRF4: AC n. 5001941-27.2010.404.7007, Rel. Des. Federal Rogério Favreto, j. 15.10.2013; AC n. 0019349-25.2014.4.04.9999, Rel. Des. Federal Rogério Favreto, j. 14.04.2015, DE 27.04.2015; AC n. 5001746-13.2013.404.7112, Rel. Juiz Federal Gerson Godinho da Costa.

A preocupação fica por conta daquilo que não foi discutido em contraditório, como, por exemplo, agentes químicos reconhecidamente cancerígenos. É possível presumir que o não dito no processo foi oferecido e repelido pelo órgão jurisdicional, mesmo que o juiz não tenha utilizado como pressuposto para negar a natureza especial da atividade a inexistência de agentes químicos no ambiente de trabalho ou, ainda, sua baixa concentração ou exposição não habitual e permanente? Seria possível a renovação do pedido de concessão ou revisão de determinado benefício previdenciário quando a pretensão originariamente recusada sequer cogitou o reconhecimento da atividade especial pela via da periculosidade?

Esses questionamentos foram recentemente enfrentados pelo Colendo STJ, nos autos do Recurso Especial nº 1.603.399/RS, em que o ínclito Min. Napoleão Maia Filho, em lapidar decisão monocrática (pub. no DJ de 05/02/2020), *acolheu* a insurgência recursal do segurado, então parte autora, no sentido de afastar-se o óbice da coisa julgada quando, em nova demanda, discute-se a especialidade de labor em decorrência de agente nocivo não contemplado no feito anterior. As razões de decidir do

ilustre Relator da Corte *ad quem* se mostram irretocáveis e conclusivas sobre o tema, razão pela qual peço vênia para transcrever o seguinte excerto:

(...) Destaca-se, ainda, que nem mesmo há que se falar em relativização da coisa julgada em tal situação, uma vez que somente há a caracterização da coisa julgada quando proposta ação anterior, com decisão já transitada em julgado, com a identidade de partes, de causa de pedir e de pedido. O que não se amolda à hipótese, em que não se reconhece a identidade entre as causas de pedir. Vale ressaltar que a leitura do acórdão acima transcrito não envolve revolvimento de matéria fática, não sendo necessária a revisão das provas dos autos para o acolhimento da pretensão, não havendo que se falar na incidência da Súmula 7/STJ. ***Ademais, vale pontuar que não se desconhece as dificuldades enfrentadas pelo Segurado para comprovar documentalmente que preenche os requisitos necessários para a concessão do benefício, uma vez que normalmente se referem a fatos que remontam considerável transcurso de tempo. Registre-se que, tradicionalmente, o Direito Previdenciário se vale da processualística civil para regular os seus procedimentos, entretanto, não se deve perder de vista as peculiaridades das demandas previdenciárias, que justificam a flexibilização da rígida metodologia civilista. Dessa forma, as normas de Direito Processual Civil devem ser aplicadas ao Processo Judicial Previdenciário levando-se em conta os cânones constitucionais atinentes à Seguridade Social, que tem como base o contexto social adverso em que se inserem os que buscam judicialmente os benefícios previdenciários.*** Com efeito, a Constituição Federal de 1988, atenta à necessidade de proteção do trabalhador nas hipóteses de riscos sociais constitucional e legalmente eleitos, deu primazia à função social do RGPS, erigindo como direito fundamental de segunda geração o acesso à Previdência do Regime Geral. Diante desse contexto, as normas previdenciárias devem ser interpretadas de modo a favorecer os valores morais da Constituição Federal/1988; assim, deve-se procurar encontrar na hermenêutica previdenciária a solução que mais se aproxime do caráter social da Carta Magna, a fim de que as normas processuais não venham a obstar a concretude do direito fundamental à prestação previdenciária a que faz jus o Segurado. Aliás, assim como ocorre no Direito Penal, em que se afastam as regras da processualística civil em razão do especial garantismo conferido por suas normas ao indivíduo, deve-se dar prioridade ao princípio da busca da verdade real, diante do interesse social que envolve essas demandas (...). (STJ, REsp.nº 1.603.399/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Maia Filho, DJ de 05/02/2020 - grifei).

No TRF da 4ª Região, mostra-se também irreparável o voto proferido pelo então Des. Federal Néfi Cordeiro, durante sessão de julgamento da Apelação Cível 5008306-39.2011.404.7112/RS, na qual o atual Ministro do Superior Tribunal de Justiça justificou a necessidade de uma flexibilização maior do conceito tradicional de coisa julgada. A didática da exposição e a fundamentalidade do tema justificam a longa transcrição:

Eminentes colegas, não costumo instaurar divergência quando convocado apenas para compor quórum em outra Turma, mas esta é uma questão em que tenho posição firmada e que é levada inclusive à Seção em caminho diferente. Então vou me permitir instaurar divergência, até porque permitirá eventual discussão na Seção quanto ao tema. Tenho compreendido que,

pelos valores em causa, pela natureza da prestação social que traz o benefício previdenciário, a valoração da coisa julgada deve ter uma flexibilização maior. Havendo diferenciação dos fatos ou relevante diferenciação da prova, isso me faz permitir um reexame também do tema, sob pena de termos prejudicado o segurado por uma atuação deficitária até do seu advogado, até do Juiz, até de todos aqueles que estavam operando no processo, que concluiu primeiramente de modo desfavorável a este segurado. Essa situação vejo presente. Embora discutido o tempo – até aqui faço uma ressalva porque a sentença me preocupou inicialmente, pois parecia admitir coisa julgada porque deveria ter sido discutido um período prévio. Mas não: bem vê o Relator que o período foi discutido na ação perante o juizado. O problema, e que aqui me faz até instaurar divergência, é que lá foi discutido porque especial seria o período em razão de ruído, e agora traz prova por laudo técnico-pericial de que na verdade, embora realmente não houvesse o limite de ruído exigido pela legislação então vigente, como concluiu o juizado, havia o problema do calor, e seria esse um fato novo não examinado no processo anterior, um fato que foi inclusive obtido como prova após a ação anterior, é uma perícia posterior, e este fato me faz admitir como possível a rediscussão desse tempo sim. Assim tenho compreendido também em várias outras matérias, como prova do trabalho rural, revisão de temas que, embora solvidos judicialmente ou administrativamente, tenham prova relevante nova ou fatos novos demonstrados posteriormente. Volto a insistir que sei que isso viola os limites clássicos do que se entende por coisa julgada, mas parece-me que, ante a natureza social da demanda previdenciária, prejudicar um cidadão por uma prova mal colhida durante o processo, é um dano que me parece trazer dano a toda uma visão social que merece o Direito Previdenciário. Então, como estamos em apelo, eu até deveria prosseguir no exame do mérito porque, na verdade, não era necessária maior dilação probatória; as partes dispensaram em primeiro grau” (TRF4, AC 5008306-39.2011.404.7112, Rel. p/ Acórdão Ricardo Teixeira do Valle Pereira, Quinta Turma, j. 22/07/2013).

Há um outro julgado no TRF da 4ª Região, este da Turma Regional Suplementar de Santa Catarina, que aprofunda a análise da eficácia preclusiva da coisa julgada em matéria previdenciária:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. APELO PROVIDO PARA ANULAR A SENTENÇA. 1. A eficácia preclusiva da coisa julgada prevista no art. 508 do NCPC deve receber uma exegese que leve em conta a natureza especial do Direito Processual Previdenciário. Se nas relações privadas o princípio da eventualidade impõe que todas as alegações e defesas sejam vertidas com a inicial e com a contestação, sob pena de se considerarem deduzidas, na relação de direito previdenciário, marcada pelo caráter alimentar das prestações e pela primazia da proteção social, isso não acontece. 2. A discussão em torno da eficácia preclusiva da coisa julgada (regra do deduzido e do dedutível prevista pelo art. 508 do NCPC - art. 474 do CPC de 1973) diz respeito a se o dito "julgamento implícito" incide sobre argumentos envolvendo a mesma causa petendi (próxima ou remota - relação jurídica ou fato jurídico) ou se incide sobre outras causas de pedir não deduzidas, mas sempre tendo em conta o mesmo pedido. Vale dizer: não é possível falar em julgamento implícito de pedidos que não foram formulados pelo autor e examinados pelo julgador na demanda anterior (nesse sentido, por todos, citando substancial doutrina, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael. **Curso de**

**direito processual civil:** direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 494-498). 3. No caso dos autos, o restabelecimento do auxílio-doença NB 117.718.880-2 desde a cessação (30.11.2000) não foi postulado pelo autor na ação anterior, na qual apenas se pretendia a concessão de auxílio-acidente. Somente seria possível falar-se em coisa julgada se, considerada a fungibilidade entre os benefícios por incapacidade, a cognição exauriente exercida pelo julgador tivesse avançado sobre o exame do direito ao auxílio-doença, julgamento esse que, todavia, não se verificou. 4. Apelação provida para anular a sentença (TRF4, AC 5069343-29.2017.4.04.9999, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC, Relator para Acórdão PAULO AFONSO BRUM VAZ, juntado aos autos em 15/10/2019).

Cito, nessa mesma linha, recente julgado da Turma Regional Suplementar de Santa Catarina do TRF/4ª Região, com o colegiado ampliado previsto no art. 942:

PREVIDENCIÁRIO. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA. COISA JULGADA FICTA OU PRESUMIDA. INCOMPATIBILIDADE NO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. AGENTE NOCIVO DIVERSO DA PRIMEIRA AÇÃO. NOVA CAUSA DE PEDIR. JULGAMENTO REALIZADO NA FORMA DO ART. 942 DO NCPC. **1. Hipótese em que na primeira ação buscava-se o reconhecimento da especialidade em razão da exposição ao agente nocivo ruído e na segunda ação em face da exposição a agentes químicos. 2. Quinada jurisprudencial que recomenda cautela no exame do alcance da coisa julgada. 3. Se a causa de pedir é diferente, não há falar em identidade de ações, pressuposto material da coisa julgada. 4. Para a melhor leitura das regras dos artigos 474 do CPC/73 e 508 do CPC/15, consoante a doutrina majoritária, capitaneada por Barbosa Moreira, a preclusão alcança apenas as questões relativas à mesma causa de pedir. 5. Em face do princípio da primazia da proteção social, que norteia o direito e o processo previdenciário, não há espaço para a coisa julgada ficta ou presumida. 6. Uma vez exercida atividade enquadrável como especial, sob a égide da legislação que a ampara, o segurado adquire o direito ao reconhecimento como tal e ao acréscimo decorrente da sua conversão em tempo de serviço comum no âmbito do Regime Geral de Previdência Social. 7. Até 28/04/1995 é admissível o reconhecimento da especialidade por categoria profissional ou por sujeição a agentes nocivos, aceitando-se qualquer meio de prova (exceto para ruído); a partir de 29/04/1995 não mais é possível o enquadramento por categoria profissional, devendo existir comprovação da sujeição a agentes nocivos por qualquer meio de prova até 05/03/1997 e, a partir de então, por meio de formulário embasado em laudo técnico, ou por meio de perícia técnica. 8. Quanto aos agentes químicos descritos no anexo 13 da NR 15 do MTE, é suficiente a avaliação qualitativa de risco, sem que se cogite de limite de tolerância, independentemente da época da prestação do serviço, se anterior ou posterior a 02/12/1998, para fins de reconhecimento de tempo de serviço especial. 9. Embora a *umidade* não esteja contemplada no elenco dos Decretos nºs 2.172/97 e 3.048/99 como agente nocivo a ensejar a concessão de aposentadoria especial, o enquadramento da atividade dar-se-á pela verificação da especialidade no caso concreto, através de perícia técnica confirmatória da condição insalutífera, por força da Súmula nº 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos. 10. Comprovado o exercício de atividade especial por mais de 25 anos, a parte autora faz jus à concessão da aposentadoria especial. (TRF 4ª Região, Turma Regional Suplementar de Santa Catarina, Apelação Cível Nº**

Também a 6ª Turma do mesmo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tratando de idêntico tema, ou seja, segunda ação tendo por objeto outra causa de pedir (agente nocivo diverso), assim decidiu:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COISA JULGADA. EFICÁCIA PRECLUSIVA. CAUSA DE PEDIR NÃO EXAMINADA EM DECISÃO ANTERIOR. PRINCÍPIOS DA SUBSTANCIAÇÃO DA DEMANDA E DA FUNDAMENTAÇÃO QUALIFICADA DAS DECISÕES. *Questões de fato que não foram deduzidas na ação anterior, mas que guardam autonomia relativamente às que foram alegadas, não ficam cobertas pela preclusão, porque seu exame, para fins de procedência ou improcedência do pedido no novo processo, não significará tornar sem efeito ou mesmo rever a justiça da decisão dada na primeira demanda sobre as alegações que lá foram lançadas e resolvidas.* Outros fatos serão examinados, ainda que com vistas a um mesmo pedido. Estender-se a eficácia preclusiva da coisa julgada para além da questão de fato suscitada na demanda anterior, de forma a alcançar outras questões de fato que, individualmente, poderiam levar ao reconhecimento do mesmo direito, é violar o princípio da substanciação da demanda, o princípio da demanda e a própria garantia de acesso ao Poder Judiciário em caso de lesão a direito. Entendimento que vem reforçado no novo Código de Processo Civil, ao estabelecer como princípios a fundamentação qualificada e o contraditório efetivo. Incidência do art. 503 do Código de Processo Civil que limita o alcance da coisa julgada às questões decididas no processo anterior. Se, na demanda anterior, houve pronunciamento quanto à exposição do autor a ruído, a alegação, em nova ação, de que foi exposto no mesmo período a agentes químicos, ainda que com vistas ao mesmo pedido – reconhecimento da especialidade do tempo de serviço – não implica em violação da coisa julgada ou na sua eficácia preclusiva. Ao decidir sobre o fato ora sob apreciação, não haverá incursão sobre as questões de fato objeto da ação anterior e sobre as conclusões delas decorrentes (TRF4, AC 5017094-37.2014.4.04.7112, SEXTA TURMA, Relatora Taís Schilling Ferraz, juntado aos autos em 05/07/2018, grifo nosso).

Sobre o afastamento da coisa julgada na hipótese de a reafirmação da DER não ter sido objeto de análise e controvérsia em ação anterior, colaciono o seguinte precedente deste Tribunal:

PREVIDENCIÁRIO. REAFIRMAÇÃO DA DER PARA FINS DE RECEBIMENTO DE PARCELAS REFERENTES AO PRIMEIRO PEDIDO DE APOSENTADORIA, REQUERIDA E INDEFERIDA NA VIA ADMINISTRATIVA, ATÉ A DATA DA CONCESSÃO DE OUTRA MAIS VANTAJOSA, ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. *Inexistindo pedido de reafirmação da DER em anterior ação, tampouco manifestação do órgão julgador a respeito, não há falar em coisa julgada.* 2. Esta Corte tem admitido a execução de parcelas que seriam devidas desde a data de anterior requerimento administrativo nos casos em que, negado o benefício pela Administração e transferida a discussão para a via judicial no curso de processo que visa à obtenção do

benefício negado o segurado venha a obter benefício mais vantajoso após novo requerimento junto ao INSS, ao fundamento de que, tivesse a autarquia previdenciária concedido a aposentadoria na época devida, não faria jus o segurado a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício da atividade posterior, mas, no entanto, não tendo o INSS concedido o benefício devido na época própria, obrigou o segurado, além de movimentar o Poder Judiciário para reconhecer seu direito, a continuar trabalhando por vários anos para buscar o indispensável sustento, quando este já deveria estar sendo assegurado pela autarquia. Segundo esse entendimento, a mera opção pelo segundo benefício (quando mais vantajoso) configuraria indevido gravame ao segurado, tendo em vista não ter concorrido para o equívoco do INSS, que seria beneficiado apesar do ilegal ato administrativo de indeferimento do benefício na época oportuna. Ou seja, assegurar-se-lhe-ia a percepção dos atrasados decorrentes do benefício deferido judicialmente (com isso prestigiando a aplicação correta do Direito ao caso concreto e justificando a movimentação do aparato judiciário) e possibilitar-se-lhe-ia, ademais, a opção pelo benefício deferido administrativamente (com isso prestigiando o esforço adicional desempenhado pelo segurado, consistente na prorrogação forçada de sua atividade laboral). Assim, evitar-se-ia solução incompatível com os princípios que norteiam a administração pública, pois a autarquia previdenciária seria beneficiada apesar da ilegalidade cometida ao indeferir o benefício (...). (AC n. 5011914-74.2013.4.04.7112, Sexta Turma, Rel. Salise Monteiro Sanhotene, DE: 19/05/2017 - grifei)

Traçando-se um paralelo com as demandas previdenciárias por incapacidade laboral, vale destacar o entendimento da Terceira Seção do TRF4 sobre a não identidade entre causas de pedir remotas (doenças incapacitantes diversas). Cito os argumentos precisos do voto do Des. Federal Osni Cardoso Filho, acompanhado por todos os julgadores, proferido na Ação Rescisória 0000717-67.2017.4.04.0000, julgada na sessão de 26.09.2018 por este Colegiado:

*(...) Conquanto todas as ações que objetivem a concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez estejam fundadas na incapacidade do segurado para exercer atividade laboral, os fatos constitutivos do direito alegado (causa de pedir remota) podem modificar-se ao longo do tempo, com o agravamento das patologias já detectadas na perícia administrativa ou a descoberta de doenças ainda não diagnosticadas. Entender que a eficácia preclusiva da coisa julgada abrange outros fatores relativos à alegação de incapacidade laboral, como defende o INSS, implicaria violação ao direito fundamental de ação, ao devido processo legal e ao contraditório. A norma jurídica concreta emanada na primeira ação decorreu da ausência de incapacidade atual do autor, visto que estaria exercendo atividade laboral no momento em que foi proferida a sentença. No entanto, a coisa julgada não atinge todas as hipóteses de causas incapacitantes que poderiam embasar a mesma pretensão de obter auxílio-doença, desde o efetivo afastamento do autor do trabalho. O laudo pericial realizado na segunda demanda constatou que o autor padecia de doença não percebida ou não investigada pelos peritos do INSS, a espondiloartropatia soronegativa. Por outro lado, restou demonstrado que o autor nunca trabalhara na empresa Revestimental no período posterior à cessação do auxílio-doença, ou seja, o autor não estava, de fato, reabilitado para exercer atividade laboral. Portanto, o acórdão rescindendo, ao reconhecer o direito à concessão de auxílio-doença desde a data do requerimento administrativo e a conversão em aposentadoria por invalidez a partir do laudo judicial, não ofende a coisa julgada, pois os fatos que*

*amparam a procedência do pedido são completamente diversos daqueles que fundaram a decisão anterior (...).*

## **7 CONCLUSÕES**

É amplamente majoritária na doutrina e na jurisprudência a compreensão no sentido de que a eficácia preclusiva da coisa julgada alcança apenas as matérias que se acomodam na mesma causa de pedir, não impedindo que, em nova ação (nova causa de pedir), sejam deduzidas.

Com efeito, se a coisa julgada material, que se forma a partir das matérias expressamente decididas, não impede outra ação com diferente causa de pedir entre as mesmas partes, com o mesmo objeto, pois não se aperfeiçoa a chamada tríplice identidade (partes, causa de pedir e pedido), parece lógico e racional que as matérias não deduzidas também possam receber o mesmo tratamento. É que a teoria das matérias dedutíveis e deduzidas não pode ser mais drástica e severa do que a própria coisa julgada material (suprema), ficando tais questões insuscetíveis de serem apreciadas em outra ação, repito, com causa de pedir diversa.

Ao que penso, traduzindo, em conclusão, a remansosa doutrina processual e a jurisprudência consolidada, com mais razão no processo previdenciário, o art. 508 do CPC deve ser (re)lido de forma imbricada com o disposto no art. 503 do mesmo Código, dispondo que a questão incidental prejudicial somente fará coisa julgada se for expressamente decidida. Ademais, quanto a esta, reafirmando que os pressupostos da coisa julgada são a cognição ampla e exauriente, o contraditório e a amplitude probatória, diz o § 2º do art. 503 que não haverá coisa julgada se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da questão prejudicial. Mais do que isso, é a própria coisa julgada presumida, baseada em não cognição.

## **REFERÊNCIAS**

ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

ASSIS, Araken de. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. **Saneamento do processo**: estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda. Porto Alegre: SAFE, 1989.

BRASIL. STF, RE 251666-AgRg/RJ, Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJU 22/02/2002.

BRASIL. STJ, REsp 1352721/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, julgado em 16/12/2015, DJe 28/04/2016.

BRASIL. STJ, REsp 590.657/RS, 3.ª T., j. 03.05.2005, rel. Min. Castro Filho, DJ 23.05.2005, p. 273.

BRASIL. STJ, Recurso Especial nº 1.603.399/RS, Min. Napoleão Maia Filho, decisão monocrática (pub. no DJ de 05/02/2020).

BRASIL. STJ, REsp 744.255/DF, 1.ª T., j. 06.09.2005, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 19.09.2005, p. 219.

BRASIL. STJ, REsp. n. 11.315/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, j. 31.08.92, DJ 28.09.92.

BRASIL, STJ, Embargos de Divergência em REsp nº 1.264.894 – PR (2011/0244020-6), Relatora Ministra Nancy Andrighi.

BRASIL. TRF4, Turma Regional Suplementar de Santa Catarina, Apelação Cível Nº 5003095-30.2017.4.04.7203/SC, Relator Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, julgado em 20-03-2019.

BRASIL. TRF4, Turma Regional Suplementar de Santa Catarina, de minha relatoria, Apelação Cível Nº 5003095-30.2017.4.04.7203/SC, julgado em 20-03-2019, Relator Desembargador Federal Valle Pereira, Quinta Turma, j. 22/07/2013.

BRASIL. TRF4, AC 5069343-29.2017.4.04.9999, Turma Regional Suplementar de Santa Catarina, Relator para Acórdão Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, juntado aos autos em 15/10/2019.



BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. **Revista Forense**, v. 158, p. 59-66.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: **Temas de direito processual - Terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: **Temas de direito processual - Primeira série**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 97-108.

CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. 2. ed., Salvador: Jus Podivm, 2014.

CABRAL, Antônio do Passo. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**, Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4231064/mod\\_resource/content/1/Antonio%20do%20Passo%20Cabral%20Comentario%20arts.%20502%20a%20508%20-%20Breves%20Comentarios.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4231064/mod_resource/content/1/Antonio%20do%20Passo%20Cabral%20Comentario%20arts.%20502%20a%20508%20-%20Breves%20Comentarios.pdf). Acesso em: 20 jul. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2013.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Salvador: Juspodivm, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Vol. 1. 14. ed. - JusPodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed., vol. III, São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Disponível em: <http://www.processocivil.net/novastendencias/relativizacao.pdf>. Acesso em 30 ago. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no Direito Processual Civil**. Curitiba: Juruá, 1991.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, **Novo Curso de Processo Civil**. vol. 2, São Paulo: RT, 2015.

MARTINS, Rodrigo Krieger. A eficácia Preclusiva da Coisa Julgada. **RPGE-RS**, Porto Alegre, vol. 77, n. 77, p. 93-136.

MITIDIERO, Daniel. Coisa Julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. *In*: MITIDIERO, Daniel; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Introdução ao Estudo do Processo Civil: primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: Fabris, 2004. p. 181-230.

MONTANS DE SÁ, Renato. Eficácia preclusiva da coisa julgada. *In*: PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa Julgada Cível: Análise, Crítica e atualização**. Rio: Aide, 1988.

RUBIN, Fernando. A utilização articulada da preclusão e da eventualidade no processo civil. Revista Eletrônica Lex Magister. Disponível em: [http://www.lex.com.br/doutrina\\_23047789\\_A\\_UTILIZACAO\\_ARTICULADA\\_DA\\_PRECLUSA\\_O\\_E\\_DA\\_EVENTUALIDADE\\_NO\\_PROCESSO\\_CIVIL.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_23047789_A_UTILIZACAO_ARTICULADA_DA_PRECLUSA_O_E_DA_EVENTUALIDADE_NO_PROCESSO_CIVIL.aspx). Acesso em: 25 ago. 2020.

SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2012.

SCARPINELLA BUENO, Cássio (Coord.) Coleção Direito e Processo, São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Sentença e coisa julgada**. 2. ed. - Porto Alegre: SAFE, 1988.

RODRÍGUEZ, [Américo Plá](#). **Los principios del Derecho del Trabajo**. Depalma: Buenos Aires, 1978.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Saraiva, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. I. 49. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VAZ, Paulo A. B.; SAVARIS, José A.; SCHUSTER, Diego H. **A garantia da coisa julgada no processo previdenciário: para além dos paradigmas que limitam a proteção social**. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

# I RINVII DELLA LEGGE ALLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO E IL RAPPORTO TRA ART. 8, L. N. 148/2011 ED ART. 51, D.LGS. N. 81/2015

## AS REFERÊNCIAS DA LEI À NEGOCIAÇÃO COLETIVA NA LEGISLAÇÃO ITALIANA E A RELAÇÃO ENTRE O ART. 8, L. N.º 148/2011 E ART. 51, DECRETO LEGISLATIVO. N.º. 81/2015

Matteo Verzaro<sup>242</sup>

**RIASSUNTO:** Le forme del contratto di lavoro sono state riordinate dal d.lgs. n. 81/2015, nel corso della fase attuativa della riforma operata con la legge n. 183/2014. Non è questa la sede per occuparsi delle innovazioni introdotte soprattutto sul piano della regolazione delle varie tipologie dei contratti flessibili, ma val la pena di considerare l'indirizzo del legislatore del Jobs Act sul punto, dato che il decreto, divenendo il riferimento per il contratto di lavoro, introduce anche modificazioni all'assetto del sistema della contrattazione collettiva: sia con la concessione di spazio all'autonomia delle parti sociali, sia con una nuova interazione tra i livelli contrattuali. Per meglio comprendere, dunque, in quale scia di politica del diritto si instaurano gli sviluppi concernenti la contrattazione collettiva, occorre esaminare brevemente i principi e i criteri guida per l'esercizio della delega. L'art. 1, comma 7, della l. n. 183/2014 prevede, infatti, l'adozione da parte del Governo di uno o più decreti legislativi, "di cui uno recante un testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro", per il perseguimento dei due seguenti obiettivi: rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro per coloro che sono in cerca di occupazione e riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli più coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo e per favorire l'efficienza dell'attività ispettiva..

**PAROLE CHIAVE:** Diritto del lavoro italiano; Parti sociali; Contrattazione collettiva.

**SOMMARIO:** 1. La riforma del *Jobs Act*: l'intervento sulle tipologie contrattuali. 2. L'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015. 2.1. Il campo di applicazione. 3. La competizione tra contratti collettivi e il tendenziale *climb to the top*. 4. Art. 51 del decreto legislativo n. 81/2015 e art. 8 della legge n. 148/2011. 4.1. Compatibilità ed effetti. 4.2. Le ultime roccaforti dell'inderogabilità (principi costituzionali e vincoli internazionali). Referenze.

**RESUMO:** As formas do contrato de trabalho foram reordenadas pelo Decreto Legislativo n.º. 81/2015, durante a fase de implementação da reforma implementada com a lei n.º. 183/2014. Este não é o lugar para tratar das inovações introduzidas sobretudo em termos de regulamentação dos diversos tipos de contratos flexíveis, mas vale a pena considerar o endereço do legislador da Lei do Emprego neste ponto, visto que o decreto, passa a ser a referência para a empreitada, também introduz modificações na estrutura do sistema de negociação coletiva: tanto com a cessão de espaço à autonomia dos parceiros sociais, como com uma nova interação entre os níveis contratuais. Para melhor compreender, portanto, em que respaldo de política jurídica se processa a evolução da negociação coletiva, é necessário fazer um breve exame dos

---

Artigo recebido em: 04/12/2020

Artigo aprovado em: 20/12/2020

<sup>242</sup> Ph.D. Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro nella Università degli Studi Roma Tre.

princípios e critérios orientadores do exercício da delegação. Arte. 1, parágrafo 7, da l. n.º 183/2014 prevê, com efeito, a adoção pelo Governo de um ou mais decretos legislativos, "um dos quais contendo um texto orgânico simplificado das disciplinas das modalidades contratuais e das relações de trabalho", para a prossecução dos seguintes dois objetivos: reforçar as oportunidades de entrada no mundo do trabalho para quem procura emprego e reorganizar os contratos de trabalho existentes de forma a torná-los mais coerentes com as actuais necessidades do contexto laboral e produtivo e promover a eficácia da actividade fiscalizadora.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei do emprego italiana; Parceiros sociais; Negociação coletiva.

**SUMÁRIO:** 1. A reforma do *Jobs Act*: a intervenção sobre os tipos de contratos. 2. Artigo 51º do Decreto Legislativo nº 81/2015. 2.1. O âmbito de aplicação. 3. A concorrência entre acordos colectivos e a tendência para subir ao topo. 4. Art. 51º do Decreto Legislativo nº 81/2015 e art. 8º da Lei nº 148/2011. 4.1. Compatibilidade e efeitos. 4.2. 4.2. Os últimos bastiões da não-derrogação (princípios constitucionais e restrições internacionais). Referências.

## **1 LA RIFORMA DEL *JOBS ACT*: L'INTERVENTO SULLE TIPOLOGIE CONTRATTUALI**

Le forme del contratto di lavoro sono state riordinate dal d.lgs. n. 81/2015, nel corso della fase attuativa della riforma operata con la legge n. 183/2014.

Non è questa la sede per occuparsi delle innovazioni introdotte soprattutto sul piano della regolazione delle varie tipologie dei contratti flessibili, ma val la pena di considerare l'indirizzo del legislatore del *Jobs Act* sul punto, dato che il decreto, divenendo il riferimento per il contratto di lavoro<sup>243</sup>, introduce anche modificazioni all'assetto del sistema della contrattazione collettiva: sia con la concessione di spazio all'autonomia delle parti sociali, sia con una nuova interazione tra i livelli contrattuali.

Per meglio comprendere, dunque, in quale scia di politica del diritto si instaurano gli sviluppi concernenti la contrattazione collettiva, occorre esaminare brevemente i principi e i criteri guida per l'esercizio della delega.

L'art. 1, comma 7, della l. n. 183/2014 prevede, infatti, l'adozione da parte del Governo di uno o più decreti legislativi, "di cui uno recante un testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro", per il perseguimento dei due seguenti obiettivi: rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro per coloro che sono in cerca di occupazione e riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli più coerenti con le attuali esigenze del contesto

---

<sup>243</sup> Cfr. M.Magnani, *La riforma dei contratti e del mercato del lavoro nel c.d. Jobs Act. Il Codice dei contratti*, in *Dir. rel. ind.*, n. 4, 2015, p. 961 ss.

occupazionale e produttivo e per favorire l'efficienza dell'attività ispettiva.

Tali finalità sono state perseguite con tre diversi decreti attuativi: il d.lgs. n. 23/2015 che ha introdotto nell'ordinamento il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti; il d.lgs. n. 81/2015 che ha pensato, appunto, al riordino delle tipologie contrattuali e alla scrittura di una nuova disciplina delle mansioni; e il d.lgs. n. 149/2015 che ha razionalizzato lo svolgimento delle attività ispettive in capo all'Ispettorato nazionale del lavoro.

Soffermandosi sull'intervento relativo alle forme contrattuali, i principi e criteri direttivi, che la legge n. 183/2014 pone, sono i seguenti: “a) individuare e analizzare tutte le forme contrattuali esistenti, ai fini di poterne valutare l'effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale, in funzione di interventi di semplificazione, modifica o superamento delle medesime tipologie contrattuali; b) promuovere, in coerenza con le indicazioni europee, il contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti; c) previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento; g) introduzione, eventualmente anche in via sperimentale, del compenso orario minimo, applicabile ai rapporti aventi ad oggetto una prestazione di lavoro subordinato, nonché, fino al loro superamento, ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, nei settori non regolati da contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, previa consultazione delle parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; i) abrogazione di tutte le disposizioni che disciplinano le singole forme contrattuali, incompatibili con le disposizioni del testo organico semplificato, al fine di eliminare duplicazioni normative e difficoltà interpretative e applicative”.

Sul criterio *sub a)* si può affermare che l'obiettivo è alquanto ambizioso e infatti non ha trovato realizzazione nel decreto legislativo n. 81/2015, che si è limitato a

censire le tipologie contrattuali esistenti, non tralasciando però di introdurre innovazioni, e certo a perseguire in parte il criterio teleologico, che sconta nell'attuazione la sua vaghezza<sup>244</sup>.

Il principio *sub b)* trova invece chiara realizzazione nell'art. 1 del d.lgs. n. 81/2015, così come quello *sub c)* nel d.lgs. n. 23/2015.

Tuttavia, è bene sottolinearlo, malgrado entrambi i criteri direttivi si riferiscano al contratto a tempo indeterminato, la lett. c) ne contempla una sua ulteriore specificazione, che assume veste di una nuova tipologia, vale a dire contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti.

Seppure il secondo è destinato a sostituire il primo, ciò avverrà in una prospettiva di lungo periodo<sup>245</sup>; e c'è da domandarsi se il riferimento al contratto a tempo indeterminato, contempli anche quello a tutele crescenti, nonostante le differenze di disciplina. Considerato che quest'ultimo è una *species* del più ampio *genus* contratto a tempo indeterminato, si potrebbe ricavare che il riferimento coincida per tutto quanto non sia diversamente previsto per il contratto a tutele crescenti, vale a dire, richiamando il disposto del d.lgs. n. 23/2015, che il riferimento non si estende per la disciplina del licenziamento.

Il principio *sub g)* ha trovato realizzazione nel disposto dell'art. 2, comma 1, che ha previsto il superamento delle collaborazioni coordinate e continuative, anche a

---

<sup>244</sup> Come nota F.Carinci, *Forma contrattuale comune (art. 1)*, in F.Carinci (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, in **ADAPT University press e-Book series**, n. 48, 2015, p. 6: "Troppo ambizioso nell'oggetto, dato che costruire un testo organico semplificato avrebbe richiesto ben altro tempo e lavoro, con l'individuazione di una parte comune e di una successiva articolazione delle specificità proprie delle singole fattispecie; cosa che non si può dire del d.lgs. n. 81/2015, costruito a mo' di assemblaggio di discipline pregresse, scorporate e riciclate, non senza apertura all'autonomia individuale e collettiva e soluzione di qualche pregressa questione interpretativa. Troppo generico nel principio e criterio direttivo, tanto da tradursi qui come altrove in una sorta di cambiale in bianco rilasciata al legislatore delegato".

<sup>245</sup> F.Carinci, *ivi*, p. 4: "Solo che si parla di contratto a tempo indeterminato, non di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, che sarebbe stata una forzatura dal punto di vista descrittivo, perché, comunque, il programmato turnover in contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti richiederà un lungo periodo". Occorre inoltre tener presente le osservazioni che fa M.Marazza, ***Dalla fiction (House of cards) alla realtà: un immaginario raffronto tra l'America Works di Frank Underwood e il Jobs Act di Matteo Renzi***, in *DLM*, I, 2015, pp. 229 ss., ove si domanda se, con il venir meno degli incentivi economici, la fortuna delle tutele crescenti non sia destinata a cambiare. E su questa prospettiva, si confrontino i dati dell'osservatorio Inps sul precariato pubblicati il 19 settembre 2016, consultabili <https://www.inps.it/docallegati/DatiEBilanci/osservatori/Documents/Osservatorio%20Precariato%20-%20Gen-Lug%202016.pdf>.

progetto.

Infine il criterio *sub i)* prospetta un'armonizzazione del sistema e una chiarificazione legislativa sulle tipologie contrattuali, che trova realizzazione nelle previsioni di abrogazione contenute negli artt. 52 e 55 del d.lgs. n. 81/2015.

Su queste linee guida si innesta il riordino delle tipologie contrattuali e l'ampliamento del ruolo regolativo della contrattazione collettiva<sup>246</sup>.

## **2 L'ART. 51 DEL D.LGS. N. 81/2015**

Ad apertura del Capo VII sulle *Disposizioni finali*, il decreto legislativo n. 81/2015 pone l'art. 51, rubricato *Norme di rinvio ai contratti collettivi*.

Sebbene la norma appaia nel suo costrutto semplice, occorre compiere una sua suddivisione in quattro parti: la prima concernente l'espressione *salvo diversa previsione*, la seconda con riguardo all'indicazione *ai fini del presente decreto*, la terza con riferimento all'equiparazione tra contratti collettivi e, infine, la quarta attinente ai requisiti di rappresentatività delle associazioni sindacali firmatarie dei contratti.

In questo paragrafo si procederà ad alcune considerazioni generali ed all'analisi della prima parte, mentre nei paragrafi che seguono si affronteranno la parte seconda e le parti terza e quarta.

Occorre, innanzitutto, partire dalla rubrica dell'art. 51 e dal contenuto della norma.

Sul primo versante si fa riferimento alle norme di rinvio ai contratti collettivi e con tale espressione il legislatore ha inteso dare un prima indicazione riguardo a ciò di cui ci si occupa. Vale a dire le norme di legge che adottano la tecnica del rinvio alla contrattazione collettiva a fini integrativi o derogatori, ed il campo della norma in esame si estende a tutte quelle previsioni (data la sua impostazione generale ed astratta) che

---

<sup>246</sup> Nel decreto legislativo n. 81/2015 si rinvencono numerosi riferimenti ai contratti collettivi con disposizioni di rinvio (più della metà di quelli contenuti nei decreti attuativi della legge delega n. 183/2014), costituendo, si veda ad esempio la somministrazione di lavoro (art. 31, commi 1 e 2), veri e propri casi di delegificazione della materia.

all'interno del decreto legislativo fanno riferimento ai contratti collettivi<sup>247</sup>.

Ora, sul piano del contenuto, l'art. 51 realizza un'evoluzione del sistema della contrattazione collettiva, dato che equipara, dal punto di vista della possibilità di regolazione, i livelli contrattuali.

Di conseguenza, la notazione "rinvio ai contratti collettivi" fa sì che tale tecnica si riferisca contemporaneamente al contratto collettivo nazionale così come a quello aziendale o territoriale, salvo, però, che sia disposto diversamente.

Sorge qui un problema: l'espressione della norma *salvo diversa previsione* fa riferimento a disposizioni di legge od anche a clausole dei contratti o accordi collettivi?

In altre parole: l'equiparazione operata dalla norma può essere derogata, e quindi tornare allo *status quo ante* della differenza di livelli e di competenze dei contratti collettivi, soltanto in base ad una norma di legge che prevede espressamente, nel disporre il rinvio, il riferimento ad uno specifico livello, od anche da clausole definite dall'autonomia collettiva, poste sia da Accordi interconfederali che dalla contrattazione di vario livello?

La lettera della norma non specifica nulla, tuttavia occorre tener conto del fatto che il diritto del lavoro non esaurisce la sua disciplina nelle previsioni normative, ma anzi trova spesso la sua regolazione nei contratti collettivi, che costituiscono insieme alla legge quel reticolato di fonti eteronome che incidono sul contratto di lavoro.

Ecco allora che la vaghezza della previsione tenderebbe a considerare possibile che anche gli stessi contratti collettivi possano prevedere diversamente rispetto al disposto dell'art. 51.

Senonché, il riconoscere la possibilità alla contrattazione collettiva di mutare l'impostazione equiordinativa del legislatore, significherebbe rendere vana la norma. Infatti, l'effetto che si produce con il livellamento dei contratti collettivi può non giovare all'autorità dei contratti stessi e far sì che questi possano prevedere diversamente – magari, prendendo come esempio il contratto collettivo nazionale, escludendo l'equiparazione con il contratto aziendale, ma non con quello territoriale –,

---

<sup>247</sup> Come sottolinea V.Fili, *Prime note sulla somministrazione di lavoro (artt. 30 – 40)*, in F.Carinci (a cura di), **Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi**, cit., p. 207: "Va rammentato che tutti i rinvii alla contrattazione collettiva vanno letti in combinato disposto con l'art. 51 del medesimo d.lgs. n. 81/2015".



significherebbe consentire loro di disconoscere la parificazione con gli altri, o con quelli ‘a loro più invisibili’, ed alterare così la possibilità operativa del rinvio a tutti i livelli contrattuali collettivi.

Da notare, inoltre, che il decreto legislativo contiene altre quattro espressioni *salvo diversa*<sup>248</sup> che fanno riferimento alla possibilità di deroga, ma in questi casi segue la specificazione del soggetto o dell’atto negoziale legittimato a disporre diversamente. Ma vi sono anche due altre norme<sup>249</sup> che hanno una previsione generica alla deroga: anche qui, tuttavia, c’è da ritenere che l’unico soggetto legittimato ad intervenire in deroga sia il legislatore stesso al fine di mantenere gli equilibri della normativa.

Va fatta un’ulteriore precisazione, il *salvo diversa previsione* deve essere inteso con riferimento alla semplice specificazione del livello contrattuale collettivo cui ci si riferisce, oppure ha a che fare con la definizione di contratti collettivi che dà l’art. 51, e quindi con la norma nella sua interezza?

Considerando la prima soluzione, questa non giunge a risultati soddisfacenti: se, infatti, una norma legislativa fa riferimento ad uno specifico livello contrattuale, poniamo caso a quello nazionale, ciò non toglie che venga meno l’equiparazione con il contratto collettivo aziendale e con quello territoriale effettuata dall’art. 51, perché non ne viene esclusa l’applicazione, ma solo specificato il livello contrattuale collettivo oggetto di rinvio.

È come dire: “i contratti collettivi nazionali adottano una diversa regolazione riguardo alla disciplina delle mansioni”, ma ciò non toglie che, dato che la materia delle mansioni rientra in quelle disciplinate dal d.lgs. n. 81/2015, non si applichi l’art. 51 e che, di conseguenza, il riferimento a *contratti collettivi nazionali* vada letto come *contratti collettivi nazionali, aziendali o territoriali*, e quindi esteso tale rinvio anche agli altri livelli della contrattazione collettiva.

Non basta, dunque, una semplice specificazione, ma occorre che il legislatore escluda, nella formulazione della norma, l’applicazione dell’art. 51 e di conseguenza l’equiparazione tra livelli contrattuali.

---

<sup>248</sup> Art. 3, comma 7: “salvo diversa volontà del lavoratore”; art. 16, comma 4: “salvo diversa previsione del contratto individuale”; art. 23, comma 1: “salvo diversa disposizione dei contratti collettivi”; art. 24, comma 1: “salvo diversa disposizione dei contratti collettivi”.

<sup>249</sup> Art. 12, comma 1: “ove non diversamente disposto”; art. 27, comma 1: “salvo che sia diversamente disposto”.

Si può, però, obiettare<sup>250</sup> che l'art. 51 non fornisce la definizione dei singoli livelli di contratti collettivi, bensì quella della più generica categoria di contratti collettivi; così che la norma esplica efficacia solamente quando si parla di contratti collettivi, e non anche quando si parla di contratti collettivi nazionali, ovvero aziendali, ovvero territoriali. Il riferimento generico individua, così, quello conseguente dell'equiparazione dei contratti collettivi di diverso livello, mentre quello specifico lo esclude.

C'è da chiedersi, allora, che senso ha la disposizione in esame. Perché il legislatore pone una norma sui rinvii ai contratti collettivi livellando gli stessi e non adotta invece nella tecnica del rinvio il riferimento specifico a tutti i livelli di contratto collettivo? Potrebbe dire “i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali possono”, invece preferisce adottare una previsione che dice “per contratti collettivi si intendono”.

Se lo scopo della norma è quello di ampliare a tutti i livelli di contrattazione collettiva la legittimazione d'intervento regolativo sulle materie oggetto del decreto, allora il riferimento specifico contrasta con tale finalità, perché esclude un livello contrattuale dalla possibilità di regolare il punto.

Certo, ampliare la portata della norma e prospettare un'applicazione generalizzata per tutti i rinvii (generici e specifici) contenuti nelle norme di legge sulle tipologie contrattuali e le mansioni, significherebbe prospettare un cambiamento epocale nel sistema di relazioni industriali ed una massiccia differenziazione di disciplina tra le varie categorie lavorative ed all'interno delle stesse per il confronto tra contratto collettivo nazionale e contratto collettivo di secondo livello.

Una competizione tra fonti collettive, ma non è forse questo che viene richiesto dalle spinte di flessibilizzazione del sistema contrattuale-collettivo e di regolazione del rapporto di lavoro?

## 2.1 IL CAMPO DI APPLICAZIONE

---

<sup>250</sup> Si veda L.Zoppoli, *Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, n. 284/2015, p. 17 e, ivi, nt. 13, che ritiene l'equiparazione possibile nei casi di rinvio generico ai contratti collettivi, mentre questa non opera quando il rinvio specifica il contratto collettivo a cui si riferisce.

La seconda parte dell'indagine ha a che fare con il campo di applicazione della norma, ossia in quali aspetti può operarsi l'equiparazione tra contratti collettivi predisposta dall'art. 51.

La disposizione stessa offre un indizio con l'espressione *ai fini del presente decreto*, che lascia intendere, insieme con la rubrica dell'articolo, che il riferimento è indirizzato a quelle norme di rinvio ai contratti collettivi contenute nel testo dell'atto legislativo.

Si può quindi dire che l'art. 51 rappresenti una norma definitoria, o meglio una chiave di lettura attraverso cui interpretare le norme del d.lgs. n. 81/2015 che si riferiscono ai contratti collettivi, suggerendo all'interprete che con tale espressione si fa riferimento su un piano di parità, e dunque di legittimità di regolazione a pari grado, a tutti i livelli contrattuali collettivi.

E, si badi, in una tale prospettiva l'art. 51 si pone come norma speciale, non trovando applicazione oltre la disciplina del decreto legislativo.

Possono sorgere allora dei problemi di coordinamento. Infatti, il d.lgs. n. 81/2015 non detta una nuova disciplina organica dei contratti di lavoro, comprendendo la modifica o la conferma di tutta la disciplina intervenuta precedentemente con riguardo alle tipologie contrattuali e al rapporto di lavoro, bensì interviene su alcuni aspetti di questi.

Fermandosi, dunque, all'interpretazione letterale della formula *ai fini del presente decreto*, si giunge a ritenere il livellamento dei contratti collettivi operante per talune materie regolate dal contratto di lavoro, mentre invece per talaltre non opererebbe, con il risultato di creare situazioni in cui l'autonomia collettiva di ogni livello può intervenire e predisporre la regolazione che crede, in base all'accordo raggiunto tra le parti sociali, in un regime di parità e di concorrenza con gli altri contratti collettivi, mentre per quelle non rientranti nel decreto legislativo continuerebbe a valere il primato della contrattazione collettiva di primo livello ed i suoi eventuali demandi a quella di secondo livello.

Si instaurerebbe, così, all'interno della regolazione del rapporto di lavoro un sistema a doppia duttilità: per i rinvii legislativi previsti nella disciplina delle forme

contrattuali dal d.lgs. n. 81/2015 il sistema prevede una regolazione duttile, capace cioè di essere regolata contemporaneamente da contratti collettivi di diverso livello; per i rinvii, invece, non rientranti nel decreto legislativo, la duttilità è ridotta, *rectius* assente, dato che *la rottura* sopravviene seduta stante, e che la regolazione affidata alla contrattazione collettiva deve rispettare il coordinamento presente nella stessa.

Certamente, si può constatare subito che la decisione sul grado di duttilità del sistema ai fini della contemporaneità della regolazione spetti al legislatore e che dunque spetterà allo stesso, in base alle linee di politica del diritto, individuare su quali materie permettere una pluralità di discipline paritarie e su quali, invece, rimettere la disciplina al coordinamento tra fonti collettive.

Ma questo è coerente per consentire quell'obiettivo di semplificazione indicato dalla legge delega? Non diventerebbe tutto ancora più complesso dato che per alcune materie vige l'equivalenza dei contratti collettivi e per altre no?

Con riferimento al contratto di lavoro a tempo indeterminato, del quale nel decreto legislativo n. 81/2015 si legge solo un'affermazione di principio (art. 1), un emblematico esempio di quanto si sta dicendo può aiutare a chiarire le 'perplexità' che un sistema doppio può far nascere.

L'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015 detta la nuova disciplina in tema di mansioni, sostituendo il precedente dettato normativo dell'art. 2103 c.c., come modificato dall'art. 13 Stat. lav. Ebbene la norma contempla due casi di rinvio ai contratti collettivi: nel comma 4, con riferimento alla possibilità di prevedere ulteriori ipotesi di assegnazione a mansioni inferiori, e nel comma 7, in relazione alla determinazione del periodo trascorso il quale l'assegnazione a mansioni superiori diviene definitiva.

In entrambi i casi, si parla di *contratti collettivi* e dunque, secondo l'art. 51, di quei contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e dei contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro Rsa ovvero dalla Rsu.

Guardando alla disciplina dell'orario di lavoro, contenuta nel d.lgs. n. 66/2003, l'art. 1, comma 2, lett. m), contiene la definizione, relativa al *presente decreto*, di contratti collettivi di lavoro, quali i "contratti collettivi stipulati da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative".

Già qui, può notarsi la differenza sia sul piano della legittimazione alla stipula, che è diverso rispetto a quello previsto dall'art. 51, sia sul piano della definizione, non contenendo essa alcuna equiparazione tra i livelli dei contratti collettivi.

Ora, all'interno del decreto legislativo n. 66/2003, vi sono numerosi rinvii ai contratti collettivi<sup>251</sup>, tra questi si possono vedere (per un contenuto simile al rinvio operato dalla nuova disciplina sulle mansioni): l'art. 3, comma 2, che prevede la possibilità dei contratti collettivi di stabilire, ai fini contrattuali, una durata minore dell'orario normale di lavoro e riferire tale orario alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo non superiore all'anno; l'art. 4, comma 1, che dispone che i contratti collettivi stabiliscono la durata massima settimanale dell'orario di lavoro; e l'art. 8, comma 1, che affida ai contratti collettivi la determinazione delle modalità e della durata delle pause.

Le tre norme affidano poteri di determinazione ai contratti collettivi su aspetti che risultano, al pari delle mansioni, centrali nella regolazione del rapporto di lavoro. Ma qui, stando alla lettera dell'art. 51, che ne delimita il campo al d.lgs. n. 81/2015, non vale l'equiparazione dei contratti collettivi, così che vige in materia di orario di lavoro il coordinamento tra i vari livelli dei contratti collettivi.

Si può allora notare quanto segue: per le mansioni l'intervento dei contratti collettivi è legittimato ad ogni suo livello e senza che esistano tra gli stessi restrizioni di sorta, operando con la stessa forza ed efficacia; per l'orario di lavoro, invece, la determinazione operata dal contratto collettivo di secondo livello dovrà essere coordinata con quella adottata dal contratto collettivo di primo livello e, dunque, secondo l'operatività che quest'ultima gli riconosce.

Si arriva così al risultato di una differenziazione interna al rapporto di lavoro che vedrà operare i contratti collettivi di diverso livello in maniera equivalente (e concorrenziale tra loro) sulla materia delle mansioni in una linea di flessibilizzazione<sup>252</sup>,

---

<sup>251</sup> Si vedano l'art. 1, comma 2, lett. e), n. 2; l'art. 3, comma 2; l'art. 4, commi 1 e 4; l'art. 5, commi 4 e 5; l'art. 8, commi 1 e 3; l'art. 9, comma 2, lett. d); l'art. 10, comma 3; l'art. 11, comma 2, l'art. 12, comma 1; l'art. 13, comma 1; l'art. 14, comma 4; l'art. 16, comma 1.

<sup>252</sup> Come evidenzia M.Brollo, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in F.Carinci (a cura di), **Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi**, cit., p. 30: "Per cogliere la portata e la ratio delle modifiche è opportuno ricordare che sullo sfondo della riforma sta l'obiettivo generale del complessivo e strutturale riordino del lavoro, noto come *Jobs Act*, della promozione del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato come «la forma comune di rapporto di lavoro», stando alle

mentre per l'orario di lavoro continuerà a persistere il rapporto tra fonti collettive di diverso livello, con un'impostazione certo meno duttile.

Non escludendo, inoltre, la difficoltà di far riferimento non solo alla norma collettiva, ma alla sua differente posizione, e avendo ciò un riflesso anche sull'attività ermeneutica, dato che occorrerà riferirsi anche alla norma legale che consente il rinvio generale ai contratti collettivi, bensì anche alla eventuale definizione di contratti collettivi contenuto nel contesto legale ove si inserisce il rinvio. Sembra, dunque, essere ben lontani da una semplificazione di regole.

È bene, però, sottolineare che la possibile critica non muta la lettera della legge e così bisogna ritornare all'espressione *ai fini del presente decreto* contenuto nell'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 e trarre la conclusione che, per ora, in mancanza, *rectius* in attesa, di una novella ad opera del legislatore che estenda il campo di applicazione della norma, essa si riferisca, e così il suo contenuto innovativo, soltanto alle norme di rinvio ai contratti collettivi del decreto legislativo cui appartiene, e che pertanto sussiste una graduazione non solo tra contratti collettivi di diverso livello, ma anche tra la disciplina dei diversi aspetti del rapporto di lavoro, la quale trova la sua fonte o in via coordinata nei contratti collettivi, oppure in via libera e paritaria in contratti collettivi di diverso livello, ma di medesima operatività.

### **3 LA COMPETIZIONE TRA CONTRATTI COLLETTIVI E IL TENDENZIALE *CLIMB TO THE TOP***

Rimangono ora da esaminare la terza e la quarta parte, secondo la suddivisione operata, dell'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015.

Con riguardo al primo punto, la norma è chiara nello stabilire non soltanto la definizione dell'espressione contratti collettivi, ma anche nell'introdurre fra questi un

---

intenzioni manifestate dall'art. 1 del d.lgs. n. 81/2015, che utilizza la formula europea. Tale contratto, ritenuto fattore cruciale per la competitività delle imprese, viene reso più attrattivo per i datori: non soltanto con un significativo (ma, almeno per ora, transitorio) esonero contributivo per le nuove assunzioni (di cui alla l. 23 dicembre 2014, n. 190, c.d. legge di stabilità per il 2015), ma anche con significative misure di allentamento dei vincoli di gestione della forza lavoro, con una flessibilità non solo «in ingresso» o «in uscita», ma pure «durante» il rapporto di lavoro”.

qualcosa in più rispetto a prima.

Infatti, nel dire per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali, viene operata una alternanza tra gli stessi, o meglio tra primo e secondo livello di contrattazione collettiva. Si ottiene così una liberalizzazione operativa soprattutto con riferimento al contratto collettivo territoriale o aziendale, che non è più soggetto alle clausole di rinvio del contratto collettivo nazionale.

È bene comunque sottolineare che l'ordinamento già conosceva clausole di rinvio generico ai contratti collettivi, ma qui il legislatore compie un passo ulteriore: far venir meno il coordinamento tra contratti collettivi di diverso livello, dato che essi operano tutti sullo stesso piano e con potere originario attribuitogli dalla legge.

Con la conseguenza che, avendo tutti il medesimo potere regolatorio, l'applicazione dell'uno, con riguardo all'istituto contenuto nel d.lgs. n. 81/2015 la cui norma legale fa rinvio ai contratti collettivi, comporta l'esclusione dell'altro: se si sceglie di seguire la regolazione contenuta nel contratto collettivo nazionale non potrà applicarsi la diversa regolazione contenuta in quello aziendale, e viceversa.

Questo, certamente, qualora le discipline predisposte dai due livelli contrattuali collettivi sono differenti, anche solo per pochi aspetti, e ciò proprio perché viene meno il potere derivato di regolazione proprio del coordinamento tra fonti collettive; se, invece, le discipline dovessero coincidere, allora potrebbe ripristinarsi un'alternanza tra fonti collettive sulla regolazione della materia, anche se sembra improbabile che, anche in considerazione della sede, del contesto e dei soggetti che stipulano il contratto collettivo di primo o di secondo livello, i contratti collettivi di diverso livello giungano a predisporre una disciplina identica per l'aspetto cui la norma legale dispone il rinvio. Poiché è evidente che la contrattazione collettiva aziendale terrà maggiormente in conto il contesto e le situazioni dell'azienda in cui si svolge, nonché gli interessi più prossimi alle parti collettive interessate, mentre la contrattazione collettiva nazionale si svolge su un piano di generalità e dunque su interessi sì collettivi, e cioè riguardanti gli appartenenti alla categoria di lavoratori cui il contratto si riferisce, ma meno specifici (o si potrebbe dire meno prossimi) alle esigenze che sussistono in un preciso contesto aziendale.

Si può allora dedurre – e su questo aspetto, seppure con riferimento alla concorrenza che si crea tra le fonti collettive, si tornerà tra breve – che l'equiparazione

tra contratti collettivi di diverso livello operata dall'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 tenda a favorire lo sviluppo del contratto collettivo aziendale, ritenuto più adatto a raggiungere soluzioni efficienti (sia per il datore di lavoro, che per i lavoratori) per la composizione del conflitto tra le parti sociali.

E chissà se in futuro tale tendenza porti a far cadere in disuso la contrattazione collettiva nazionale, leggendo così l'art. 51 in un'ottica 'unicontrattuale collettiva'.

Venendo all'aspetto della legittimazione soggettiva alla stipula dei contratti collettivi considerati dall'art. 51, la norma riferisce che i contratti collettivi, soggetti ad equiparazione ed operanti in virtù delle norme di rinvio, sono quelli stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria.

Si individuano quindi i contratti collettivi oggetto della norma: quelli sottoscritti da associazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale, con un criterio selettivo stringente, dato che il campo dei soggetti legittimati si va a restringere sulla base del tasso di rappresentatività riferito solo al suo livello nazionale; e quelli aziendali che sono stati stipulati o dalle Rsa delle associazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale, e qui sorge il problema di vedere se tali organizzazioni sindacali godano in azienda dello stesso grado di rappresentatività, ovvero siano presenti in tale contesto, data la possibilità che vi siano altre associazioni sindacali magari operanti solo in quell'azienda o rappresentative solamente nel contesto territoriale e da questo derivanti, o dalla Rsu, ed anche in questo caso occorre vedere se i componenti maggioritari della rappresentanza sindacale unitaria siano quelli eletti su liste presentate dalle associazioni sindacali espressione di quelle più rappresentative sul piano nazionale.

Non è questa la sede per affrontare i problemi della rappresentatività a livello nazionale e della sua corrispondente portata a livello aziendale, ma si può comunque trarre un indizio dell'evoluzione del sistema riguardo alla considerazione delle organizzazioni sindacali legittimate.

Richiedendo che queste godano di un certo tasso di rappresentatività, il legislatore opera una selezione dei soggetti collettivi, riconoscendo potere di attivazione della norma legale di rinvio soltanto a quelli che soddisfino i requisiti richiesti. E qui, in



particolare, i sindacati più rappresentativi a livello nazionale, escludendo dunque tutti gli altri.

Ci si potrebbe domandare se ciò sia in linea con quella libertà di organizzazione sindacale stabilita dall'art. 39, comma 1, Cost., con la constatazione, però, che anche quest'ultima norma richiede, nei suoi commi inattuati, ma tuttora vigenti, il rispetto di alcuni requisiti da parte dei sindacati che vogliano sottoscrivere contratti collettivi – si badi – con efficacia generale.

Ma l'art. 51 non arriva fino a tale conseguenza<sup>253</sup>, ed allora la limitazione deve essere spiegata su una base di opportunità di valutazione: il coordinamento può venire meno in relazione a contratti collettivi di diverso livello che godano di una significativa soglia di rappresentatività, e dunque di consenso da parte dei lavoratori sul piano nazionale, con lo scopo di evitare la concorrenza a ribasso tra fonti collettive.

Come anticipato, occorre soffermarsi sulla conseguenza concorrenziale che il livellamento dei contratti collettivi genera.

Essendo, infatti, tutti detentori di uno stesso potere regolatorio e senza condizionamenti tra di loro, ma attenendosi unicamente al rinvio operato dalla legge, possono stabilire una disciplina diversa e maggiormente attrattiva per le parti sociali.

Le differenze sicuramente garantiscono una concorrenzialità alla contrattazione collettiva, che stavolta si misura non solo sullo stesso livello, ma anche su livelli diversi.

È evidente che ogni contratto collettivo terrà in conto degli interessi dei soggetti che lo hanno predisposto, e dunque potrà ospitare un regime di regolazione più vicino a loro.

Questa differenziazione, soprattutto se si pensa ai contratti collettivi aziendali, è sicuramente una fonte di arricchimento del sistema e potrebbe avere l'effetto di introdurre nel diritto sindacale la tendenza al *climb to the top*, al fine di raggiungere una disciplina migliore, perché più vicina alle loro esigenze, e così più ben accolta alle parti collettive, oltre a fornire una molteplicità di modelli di regolazione utili a tutti gli operatori del sistema.

---

<sup>253</sup> Cfr. Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 51, che esclude la violazione dell'art. 39, comma 1, Cost. da parte dell'art. 7, comma 4, del d.lgs. n. 248/2007 che dispone l'applicazione dei trattamenti economici previsti dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, in quanto la norma non assegna agli stessi efficacia *erga omnes*.

Senonché, tutto ciò è vero se si guarda ad un interesse delle parti sociali a sottoscrivere contratti collettivi con l'obiettivo di raggiungere un migliore compromesso tra gli interessi in conflitto, ma si potrebbe rilevare che (ed in particolare per il contratto collettivo nazionale 'spaventato' dal poter perdere il suo ruolo e incerto sul suo futuro nel sistema) i contratti collettivi possano perseguire una finalità meramente attrattiva al fine di trovare applicazione.

In altre parole: se i contratti collettivi nazionali, territoriali e aziendali sono, per le norme di rinvio del d.lgs. n. 81/2015, paritari, allora è evidente che l'applicazione di uno, esclude quella dell'altro, così che si potrebbe sviluppare una concorrenza per l'applicazione. Concorrenza basata sull'attrattività del contratto collettivo per le parti sociali, che può orientarsi, con riferimento qui alle estreme conseguenze difficilmente verificabili, e verso il *climb to the top*, con il mantenimento delle tutele per i lavoratori o comunque una loro valida compensazione, e verso la *race to the bottom*, vale a dire a regolamentazioni che tendano a sfavorire magari il piano della tutela, ovvero ad imporne uno irragionevole.

Bisogna, però, considerare che il contratto collettivo è comunque frutto del compromesso delle parti sociali e che allora alla ragionevolezza delle stesse è affidato l'equilibrio del sistema<sup>254</sup>.

#### **4. ART. 51 DEL DECRETO LEGISLATIVO N. 81/2015 E ART. 8 DELLA LEGGE N. 148/2011**

Esaminato l'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 e chiarita la sua portata innovativa a

---

<sup>254</sup> Ben si adatta a quanto detto, ciò che scrive, seppur in una prospettiva di diritto comparato in riferimento alla diversa disciplina legislativa che gli Stati adottano in materia di società per azioni, D. Corapi, **Le società per azioni**, in G. Alpa, M. J. Bonell, D. Corapi, L. Moccia, V. Zeno-Zencovich e A. Zoppini, **Diritto privato comparato. Istituti e problemi**, Laterza, Roma – Bari, 2012<sup>3</sup>, p. 456: "Le specificità nazionali, inevitabili a causa del nesso che lega la creazione di un soggetto giuridico non persona fisica all'ordinamento che ne legittima l'esistenza, e la libertà di scelta della legge applicabile alle società possono trasformarsi in elementi di attrazione per la costituzione di società in quel determinato paese (si pensi al Lussemburgo, all'Irlanda e al Regno Unito) e possono mettere in concorrenza gli ordinamenti o generare un processo di imitazione dei modelli di riferimento maggiormente in grado di attrarre capitali. La corsa al ribasso (*race to the bottom*, opposta al *climb to the top*) che può derivarne e che è fenomeno indotto dalla integrazione dei mercati finanziari (la c.d. «globalizzazione») incontra un limite nelle residue capacità di resistenza politica degli ordinamenti statali e nelle diverse tradizioni culturali".

seguito dell'equiparazione dei contratti collettivi di diverso livello ai fini delle norme legali di rinvio previste dal decreto, occorre valutare l'impatto e gli effetti di tale normativa sul sistema delle deroghe già previste dall'ordinamento.

In effetti, i rinvii contenuti nel decreto legislativo n. 81/2015 non solo affidano ai contratti collettivi un potere integrativo della disciplina prevista dalla legge, ma consentono anche, ovvero soprattutto, deroghe alla stessa, andando così a legittimare in via non mediata, a seguito del livellamento, i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali a disporre in deroga, anche peggiorativa, al trattamento posto dalla norma legale<sup>255</sup>.

Ora, è nella logica del sistema che il legislatore preveda la facoltà di deroga da parte dei contratti collettivi, ma qui, come detto, si prevede in più che questi siano tra loro equivalenti e che dunque la deroga non diventi più solo diffusa, posta cioè in via generale – per il sistema della contrattazione, ma non per le materie – ed esperibile da contratti collettivi di qualsiasi livello, ma anche 'svincolata', non rispondendo più a schemi di controllo e di interazione tra competenze e finalità del contratto collettivo di primo livello con quelle del contratto collettivo di secondo livello.

Va, inoltre, considerato, in relazione al contratto collettivo aziendale così come a quello territoriale – vale a dire ai contratti di prossimità –, che nell'ordinamento è già presente una norma che consente agli stessi di disporre in deroga, anche peggiorativa, e alla contrattazione collettiva nazionale e alla legge: l'art. 8 della legge n. 148/2011.

Sorgono, così, problemi di coordinamento tra le due norme che accordano sì entrambe ai contratti collettivi di secondo livello il potere di deroga, ma a condizioni diverse e con efficacia non sempre coincidente.

Bisogna, poi, considerare se è possibile un ulteriore coordinamento tra le varie fonti collettive abilitate ad operare (per le materie contemplate da entrambe le norme) in deroga alla legge, oppure, oltre ad una sovrapposizione di norme, se ne verifichi anche una di discipline collettive di diverso livello con un'evidente complicazione del sistema.

Il nodo gordiano potrà sciogliersi ricorrendo alla fantasia dell'interprete od

---

<sup>255</sup> Cfr. L.Scarano, *È finito il tempo dei patti di sindacato. Intervento eteronomo e autonomia individuale nel Jobs Act II*, in *Riv. giur. lav.*, n. 2, 2016, pp. 429 ss., che vede i rinvii operati dal d.lgs. n. 81/2015 "in funzione *servente* agli obiettivi del legislatore (di abbassamento dei livelli di tutela nel rapporto)".

occorrerà la ‘spada’ (*i.d.* forse una disposizione abrogativa) del legislatore?

#### **4.1 COMPATIBILITÀ ED EFFETTI**

Per valutare i problemi che sorgono nella vigenza delle due disposizioni (art. 8 e art. 51), si seguirà un percorso di tre *steps*: il primo volto ad indagare le coincidenze tra le materie oggetto di rinvio derogatorio, onde individuare i casi di sovrapposizione; il secondo incentrato sul confronto delle condizioni richieste per attivare la deroga, per stabilire dunque se vi è piena comunanza; il terzo per determinare gli aspetti differenti che le due norme presentano e le linee di prospettiva del sistema sulla deroga.

Il d.lgs. n. 81/2015 è stato anche denominato codice dei contratti, in quanto opera un riordino delle tipologie del contratto di lavoro, introduce una nuova disciplina delle mansioni ed attua il riordino delle collaborazioni coordinate e continuative, con l’abrogazione di quelle a progetto.

In queste disposizioni, il legislatore delegato del *Jobs Act* ha fatto spesso ricorso, qui come anche negli altri decreti attuativi, alla tecnica del rinvio ai contratti collettivi, consentendo agli stessi anche di disporre diversamente, ossia in deroga, rispetto alle previsioni legislative.

I rinvii riguardano rilevanti istituti quali il mutamento di mansioni (art. 2103 c.c. come novellato dall’art. 3), il lavoro a tempo parziale (artt. 6 e 7), il lavoro intermittente (artt. 13 e 16), il contratto di lavoro a tempo determinato (artt. 19, 23, 24, 25, 26, 28 e 29), la somministrazione di lavoro (artt. 31 e 35, comma 3), l’apprendistato (artt. 42, comma 1, 43, comma 7, 45, comma 3, 46 e 47, comma 3).

Per molte di queste materie è prevista la possibilità di deroga da parte dei contratti collettivi, che, a norma dell’art. 51, sono i contratti nazionali, territoriali o aziendali.

Ora, l’art. 8 della l. n. 148/2011, nel suo comma *2-bis*, autorizza i contratti di prossimità (contratto collettivo aziendale e territoriale) a derogare al Ccnl e alla legge, per le materie indicate dal comma 2 della norma.

E tra queste, emergono: le mansioni (lett. b), i contratti a termine, i contratti a

orario ridotto, modulato o flessibile, i casi di ricorso alla somministrazione di lavoro (lett. c), la disciplina dell'orario di lavoro (lett. d), la disciplina del rapporto di lavoro, le collaborazioni coordinate e continuative a progetto<sup>256</sup>, il lavoro autonomo, la trasformazione e conversione dei contratti di lavoro (lett. e).

Si può, dunque, dire che per le materie richiamate vi è una sicura sovrapposizione di norme, in quanto entrambe autorizzano alla deroga riguardo ai medesimi istituti.

Ma se in fatto di materie vi è coincidenza, questo non è ancora detto per i requisiti richiesti per attuare la deroga<sup>257</sup>.

L'art. 51 infatti, nel definire i contratti collettivi, fa riferimento ai contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e ai contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro Rsa, ovvero dalla Rsu.

L'art. 8, invece, prevede che le associazioni stipulanti debbano essere quelle più rappresentative sul piano nazionale o territoriale e che, soprattutto, i contratti di prossimità, per realizzare la deroga, debbano essere sottoscritti sulla base di un criterio maggioritario relativo alle rappresentanze sindacali.

Dunque, la prima norma contempla un criterio soggettivo più stringente, limitando il suo riferimento al piano di rappresentatività a livello nazionale, mentre la seconda norma amplia lo stesso anche al livello territoriale e richiede, poi, ai fini dell'efficacia, l'adempimento della condizione che la sottoscrizione dei contratti di prossimità avvenga sulla base di un criterio maggioritario, di cui non si rinviene traccia nell'art. 51, che si ferma nel prevedere la rappresentatività dei soggetti e non aggiunge

---

<sup>256</sup> Secondo quanto resta di questa tipologia contrattuale successivamente all'entrata in vigore degli artt. 2 e 52 del d.lgs. n. 81/2015.

<sup>257</sup> Come sottolinea L.Zoppoli, *Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto*, cit., p. 17: "In molti di questi casi [con riferimento alle norme del d.lgs. n. 81/2015 richiamate *supra*] il rinvio della legge ai contratti collettivi vale a consentire deroghe anche *in peius* alla disciplina legislativa: con una evidente sovrapposizione con l'art. 8 della l. 148/11. Sovrapposizione che dà luogo ad un conflitto di precetti normativi perché, quando le materie coincidono (e succede in tutti i casi richiamati dal d. 81), i contratti di prossimità possono realizzare l'effetto derogatorio previsto dallo stesso art. 8 della l. 148/11 solo laddove siano soddisfatti alcuni requisiti relativi alle finalità da realizzare e ai soggetti legittimati a stipularli".

nulla sulla stipula degli accordi<sup>258</sup>.

Inoltre, c'è da rilevare che l'art. 8 richiede anche il perseguimento, da parte dei contratti collettivi di prossimità in deroga, delle finalità indicate nel suo comma 1, ed anche di questo non c'è alcun cenno nell'art. 51.

Le differenze cominciano così ad emergere, e, se è prospettabile un conflitto tra le due norme risolvibile sulla base del criterio cronologico<sup>259</sup>, ciò non è soddisfacente a sciogliere l'intera 'trama di fili' (un nodo appunto) che si è venuto a creare.

Se infatti alcuni elementi coincidono – le materie e, in parte, i soggetti legittimati – e, dunque, è possibile constatare un doppio di disciplina, la deroga dell'art. 8, perché possa sussistere ed avere effettività, gode, per espressa previsione di legge (comma 1 della norma) di efficacia *erga omnes*, cosa non espressamente prevista per i contratti collettivi contemplati nell'art. 51.

La connotazione dell'efficacia non è di poco conto perché non solo differenzia la portata dei contratti collettivi di prossimità in deroga dai contratti collettivi genericamente intesi, seppur nell'equiparazione operata dall'art. 51, e abilitati a

---

<sup>258</sup> L.Zoppoli, *ibidem*, evidenzia che proprio l'assenza del criterio maggioritario costituisce un indice differenziale tra i contratti collettivi di prossimità in deroga e quelli *ex Jobs Act*. E si veda, su questo punto, quanto scrive A. Pizzoferrato, *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, in AIDLASS, **Lavoro, diritti fondamentali e vincoli economico-finanziari nell'ordinamento multilivello**, 2015, consultabile online all'indirizzo <http://www.congressoaidlass2015.it/wp-content/uploads/2015/04/Relazione-AIDLASS-Pizzoferrato-1.pdf>, pp. 34 – 35: le "incertezze, un tempo legate ai criteri di legittimazione sindacale e di efficacia generale dell'accordo, sono in via di stemperamento all'interno del mondo confederale industriale per il tramite dei menzionati accordi interconfederali che hanno introdotto uno sbarramento all'accesso al tavolo negoziale nazionale del 5% quale media ponderata di voti e deleghe ed una soglia maggioritaria del 50% + 1 per la sottoscrizione degli accordi nazionali ed hanno chiarito la piena esigibilità ed efficacia dell'accordo di secondo livello nei confronti di tutto il personale in forza e di tutte le associazioni sindacali espressione delle Confederazioni sindacali firmatarie se adottato nelle previste forme maggioritarie; nonché per il tramite della ricorrente formula derogatoria del Jobs Act rappresentata dal «contratto collettivo, anche aziendale, stipulato da associazione sindacale comparativamente più rappresentativa sul piano nazionale», che mantiene il filtro selettivo su base nazionale comparativa e non si esprime in ordine al criterio maggioritario". Con il risultato di un modello composito, "poiché all'interno del mondo confederale industriale o di altri settori che aderiscono al TU sulla rappresentanza del 2014, vige sia il doppio canale rappresentativo (elettivo ed associativo), sia il criterio maggioritario (ponderato fra i due dati a livello nazionale, e alternativo – maggioranza componenti Rsu o Rsa – a livello aziendale), al di fuori da tale circuito vige il solo canale associativo di significativa rappresentatività sul versante nazionale e non opera invece il criterio maggioritario. Ma le regole sono comunque identificate".

<sup>259</sup> L.Zoppoli, *Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto*, cit., p. 18: "A mio parere le due norme non avrebbero ragione di coesistere, regolando la medesima fattispecie, cioè contratti aziendali o territoriali derogatori della legge su medesime materie. Quindi, applicando il criterio cronologico, la legge più recente dovrebbe prevalere almeno quando vi sia coincidenza delle materie su cui la legge abilita il contratto aziendale alla deroga (anche peggiorativa)". Ma, come afferma subito dopo lo stesso A., "una soluzione così semplice non è la più sicura".

derogare alla legge, ma fa sì che non tutto si risolva per il tramite di una disposizione abrogativa.

Infatti, giungendo al piano d'indagine di ciò che resta escluso dalla presente sovrapposizione tra le due norme, si può osservare, in linea con una costante giurisprudenza di Cassazione<sup>260</sup>, che i contratti collettivi aziendali esplicano efficacia per tutti i lavoratori, anche non iscritti ad alcuna sigla sindacale, tranne che per quelli aderenti al sindacato non firmatario e che ne condividano l'esplicito dissenso dall'accordo, e che, come tale, potrebbero addirittura essere vincolati da un accordo sindacale separato.

Questa prospettabile ipotesi evidenzia un'ulteriore differenza, ricavabile proprio dalla diversa portata dell'efficacia della deroga, tra le due norme: infatti – si badi, in relazione alle materie, che sono un punto di totale comunanza – l'art. 8 rappresenta una norma speciale, che consente la deroga nel rispetto di diverse condizioni e per determinate finalità e che, in presenza di un criterio maggioritario di stipula, rende i contratti collettivi di prossimità derogatori efficaci in via generale e, dunque, a prescindere dal dissenso di un sindacato e dall'adesione di un lavoratore alla linea di quest'ultimo.

L'art. 51, invece, si pone come norma generale che sistematizza sì nell'ordinamento la deroga alla legge da parte dei contratti collettivi di ogni livello (per i rinvii che la legge prevede ed ove accorda tale facoltà), ma sul piano dell'efficacia non raggiunge la portata dell'*erga omnes*, potendo allora tali disposizioni rimanere escluse per una parte dei lavoratori.

Si può così concludere che una soluzione abrogativa dell'art. 8, seppure in linea con la politica legislativa di deroga diffusa e di ascesa del contratto collettivo aziendale sul nazionale, non basta a risolvere il problema, dato che la mancata efficacia generale dei contratti collettivi aziendali *ex art. 51* mantiene comunque all'interno del sistema la vigenza e la *resistenza* delle norme inderogabili di legge, che non scompaiono (almeno dalla lettera della legge) e continuano così a regolare il rapporto di lavoro<sup>261</sup>.

---

<sup>260</sup> Si vedano le sentenze Cass., Sez. lav., 28 maggio 2004, n. 10353; Cass., Sez. lav., 18 aprile 2012, n. 6044; Cass., Sez. lav., 23 maggio 2013, n. 12722.

<sup>261</sup> A.Pizzoferrato, *ult. op. cit.*, p. 35: "il venir meno della funzione ordinante del Ccnl e delle clausole di non ripetitività, l'affacciarsi di numerose ipotesi derogatorie *ex lege*, l'ampliamento dei casi di

Inoltre, occorre chiedersi cosa accadrebbe se il contesto aziendale fosse ‘desindacalizzato’, e cioè senza alcun soggetto legittimato a stipulare contratti derogatori (cosa possibilissima visto che l’art. 51 trova applicazione in relazione alle norme di rinvio per le forme contrattuali e quindi prescinde da qualsiasi requisito minimo di lavoratori), oppure non sussistesse un contratto collettivo aziendale.

In quest’ultimo caso si applicherà solamente il contratto collettivo nazionale o, se presente, quello territoriale, ma il mutamento di sistema verso il superamento del primo livello contrattuale a favore del secondo livello in deroga, con l’esclusione che questa si verifichi solo in condizioni di specialità (cfr. art. 8), ed in più in assenza di un coordinamento tra discipline collettive di diverso livello (cfr. art. 51), avrebbe l’effetto di porre in dubbio la funzione protettiva dei lavoratori che il Ccnl è chiamato da sempre a svolgere<sup>262</sup>.

Bisogna allora constatare che la sovrapposizione tra art. 51 e art. 8 e il potere derogatorio riconosciuto all’autonomia collettiva multilivello per via delle norme legali di rinvio non sia semplici da districare<sup>263</sup>, e che una soluzione netta – appunto abrogativa – potrebbe non bastare, dato che la coincidenza non è piena su molteplici piani, a risolvere i problemi di coordinamento normativo e di metamorfosi del sistema protettivo del diritto del lavoro dall’inderogabilità all’autonomia delle parti collettive.

Si assiste, nella stagione legislativa della crisi (art. 8 della l. n. 148/2011) ed in quella della sua ‘fase attenuata’ (*Jobs Act*), alla conferma da parte del legislatore della linea derogatoria esperibile dai contratti collettivi, prima solo di prossimità, ora di ogni

---

contrattazione aziendale esclusiva, non hanno sottratto alla legge la funzione regolatoria primaria dei rapporti di lavoro, piuttosto hanno ristretto il novero delle posizioni soggettive invalicabili, hanno ridisegnato il nocciolo duro di tutele intangibili”.

<sup>262</sup> G.Santoro-Passarelli, *Il contratto aziendale in deroga*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, n. 254/2015, p. 17: “Le condizioni minime stabilite nel contratto nazionale, infatti, proprio perché uniformi, sono determinate tenendo conto dei differenti contesti socio-economici del territorio italiano e assicurano i minimi di trattamento a quella miriade di lavoratori che non hanno un contratto aziendale. Il potenziamento del contratto aziendale in deroga, soprattutto se svincolato dal controllo a monte da parte del contratto nazionale, rischia inevitabilmente di far saltare il primo livello di contrattazione e le relative logiche solidaristiche, a tutto vantaggio di discipline pattizie aziendali che tengono conto esclusivamente di interessi particolari e in cui il sindacato può essere più condizionato dalla controparte”.

<sup>263</sup> L.Zoppoli, *Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto*, cit., p. 19: “Insomma, pur riconoscendo che il legislatore qualche sforzo lo fa per chiarire gli intrecci tra le fonti, dopo il Jobs Act la questione dei raccordi legali di carattere generale tra eteronomia ed autonomia con potestà derogatoria sembra conservare quanto meno un elevatissimo grado di complessità. Nell’insieme viene infatti fuori un quadro molto più variegato, dove il rinvio della legge all’autonomia collettiva risulta a ben guardare assai meno informale e deregolato di quanto appaia”.



livello, seppure finora per materie definite.

La norma inderogabile è sicuramente ancora presente, ma quale ruolo ricopre più, se in se stessa contiene una previsione dispositiva a favore dei contratti collettivi<sup>264</sup>? Viene ad essere quasi delegittimata e la sua previsione di portata imperativa si attenua, fino a scomparire a seguito dell'intervento della contrattazione collettiva.

La derogabilità trova oggi un'articolazione positiva all'interno dell'ordinamento, sussistendo sulla base di disposizioni di rinvio che hanno ampliato il suo spettro di operatività su numerosi ed importanti istituti del rapporto di lavoro ed accordato la facoltà dispositiva ai vari livelli contrattuali in maniera libera ed equivalente. Tutto ciò porta ad una perdita di 'validità pratica' della norma inderogabile che difficilmente non verrà mediata e rivisitata dall'accordo delle parti sociali legittimate.

Resta, però, un problema di coordinamento e di coerenza del sistema: l'articolazione del rinvio derogatorio è costruita nell'art. 51 su un indirizzo ampio che comprende ogni livello contrattuale collettivo, portando così ad una pluralità di discipline derogatorie. Ciò vuol dire che anche sulle materie oggetto di deroga *ex art. 8* da parte della contrattazione collettiva, possano intervenire non più soltanto i contratti collettivi aziendali o territoriali, bensì anche contratti collettivi nazionali, in virtù del disposto dell'art. 51, ed allora la deroga diviene multilivello sulle medesime materie.

Si ottiene, così, una differenziazione di modelli, livelli e deroghe, che restano però tutti compresenti, seppure a diverso regime.

Infatti, il contratto collettivo nazionale, quello territoriale e quello aziendale, sottoscritti con i requisiti indicati dall'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, operano in deroga per le materie cui la legge prevede il rinvio generico ai contratti collettivi e la facoltà degli stessi di disporre diversamente. E questa può considerarsi la situazione generale per le forme contrattuali.

Vi è, poi, con riferimento ai contratti collettivi aziendali e territoriali la

---

<sup>264</sup> Cogliendo appieno, seppur non riferendovisi direttamente, la portata del *salvo diversa disposizione dei contratti collettivi*, contenuto in molte norme dei decreti attuativi del *Jobs Act*, scrive A.Pizzoferrato, *ult. op. cit.*, p. 35: "È chiaro che più si ampliano gli oggetti delle deroghe e più l'impianto di base vacilla, poiché la norma di legge da inderogabile si trasforma in di *default*, di intervento residuale in caso di mancato intervento dell'autonomia collettiva".

possibilità di operare in deroga ricorrendo alla norma sulla contrattazione di prossimità (art. 8 della l. n. 148/2011) e soddisfacendo i requisiti da questa richiesti. Con il risultato che qui si verifica, seppure attraverso una diversa procedura che resta speciale rispetto a quella dell'art. 51, la possibilità di una doppia deroga da parte della contrattazione collettiva di secondo livello, che si differenzia, però, per il più ampio criterio selettivo di rappresentatività, per la richiesta della sottoscrizione su un criterio maggioritario e, soprattutto, per l'efficacia *erga omnes* che tali intese hanno.

C'è quindi una circostanza di sovrapposizione e possibile contemporanea presenza di discipline in deroga sulle stesse materie, attuate in contesti aziendali o territoriali diversi<sup>265</sup>, sia *ex art. 8*, che *ex art. 51*, ottenendo dunque il medesimo risultato pratico<sup>266</sup>, ma per vie diverse.

Restano, poi, nell'ordinamento i rinvii derogatori generici, ossia ai contratti collettivi in generale, o specifici, ossia ad un preciso livello di contrattazione, su materie che non rientrano nelle disposizioni del d.lgs. n. 81/2015, continuando qui a valere il coordinamento tra contratti collettivi di diverso livello, e, se la norma non lo prevede, l'assenza di requisiti di legittimazione per attivare la deroga.

Infine, sono prospettabili i contratti individuali di lavoro che derogano alle disposizioni derogatorie dei contratti collettivi, stavolta, però, operando le parti con un potere dispositivo unidirezionale in considerazione dei limiti posti dal codice civile.

Si presenta, come visto, un sistema che contempla la deroga, il suo rapportarsi con la contrattazione collettiva e da questa a quella individuale.

Deroga che è per il livello collettivo bidirezionale, e per il livello individuale unidirezionale.

Il tutto con una forte differenziazione del contenuto dei contratti collettivi e della loro contemporanea presenza nel panorama delle relazioni industriali, ed in più, per alcune materie, si prospetta anche il loro livellamento in efficacia ed applicazione.

Sullo sfondo di questo contesto restano le norme inderogabili, che, forse,

---

<sup>265</sup> Non è, infatti, possibile che nello stesso contesto in cui si sia stipulato un contratto di prossimità in deroga su determinate materie *ex art. 8*, se ne stipuli un altro derogatorio sulle stesse materie *ex art. 51*, poiché in tal caso il successivo sostituirà il precedente, perdendo, però, la deroga l'efficacia *erga omnes*.

<sup>266</sup> Vale a dire quello di derogare alla legge, sebbene restino le differenze illustrate nel corso del paragrafo.

‘smarriscono’, od almeno ne vedono ridimensionata o del tutto riconsiderata dalla complicazione delle fonti collettive e del sistema, la tutela minima che erano intese a garantire.

#### **4.2 LE ULTIME ROCCAFORTI DELL’INDEROGABILITÀ (PRINCIPI COSTITUZIONALI E VINCOLI INTERNAZIONALI)**

L’art. 8 della legge n. 148/2011, nel comma 2-*bis*<sup>267</sup>, stabilisce i limiti della deroga alla legge e al contratto collettivo nazionale attuabile dai contratti collettivi di prossimità: la Costituzione e i vincoli derivanti dalle normative europee e dalle convenzioni sovranazionali.

Si è visto che da quell’intervento d’urgenza dell’agosto e la sua conversione con modificazioni del settembre del 2011, che segnò un ‘trauma’ per le parti sociali e per i rapporti tra i diversi livelli di contrattazione collettiva, molte cose sono successe e numerosi cambiamenti sono intervenuti e nell’attuale stagione del *Jobs Act* lo *shock* può dirsi ormai passato, se non altro perché ne sono subentrati di nuovi.

Tra questi, l’equiparazione tra contratti collettivi ad opera dell’art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, e dunque di un’indipendenza tra fonti collettive nell’attuazione dei rinvii, spesso derogatori, contenuti nello stesso decreto legislativo.

Venuto così ad esistenza un reticolato di deroghe legislativamente previste su importantissimi istituti che riguardano il rapporto di lavoro, c’è da domandarsi se nell’ordinamento rimanga ancora, e senza creare antinomie tra norme legislative, un punto fermo per l’inderogabilità della norma lavoristica, che, si ricorda, nasce per garantire una regolazione minima di trattamento al fine della tutela del soggetto debole del rapporto di lavoro<sup>268</sup>.

---

<sup>267</sup> Si richiama l’efficace sintesi che ne fa R. De Luca Tamajo, ***Il problema dell’inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente***, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 140, 2013, p. 730: “La norma libera la facoltà derogatoria dei contratti di secondo livello da ogni sudditanza o condizionamento dei Ccnl. Scompare, infatti, ogni vincolo autorizzatorio preventivo o successivo da parte del Ccnl e la deroga viene condizionata soltanto dalla presenza di presupposti soggettivi, oggettivi e finalistici”.

<sup>268</sup> Si veda la considerazione che fa C.Cester, ***La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro***, in AIDLASS, ***Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti***, Giuffrè, Milano, 2009, p.

Vi sono nell'ordinamento dei limiti da tenere sempre presenti<sup>269</sup> e che siano insormontabili da parte del potere dispositivo derogatorio – logicamente *contra legem*, poiché prevede una deroga alla previsione legislativa, ma sostanzialmente *secundum legem*, perché la deroga è autorizzata dalla legge stessa<sup>270</sup> – riconosciuto ai contratti collettivi?

Una prima risposta può rinvenirsi nelle norme legali di rinvio, che si autorizzano il contratto collettivo ad operare in deroga alla legge, ma al contempo ne fissano i limiti con la previsione del suo campo d'intervento per materie specifiche. Non verificandosi così un'apertura derogatoria a tutto il sistema.

Se questo certamente è da ritenere valido, c'è tuttavia da considerare che la deroga è oggi presente su quasi tutta la disciplina del rapporto di lavoro.

In altre parole: l'emblematica previsione dell'art. 8 della legge n. 148/2011 che autorizza la deroga della contrattazione collettiva di prossimità alla legge e al Ccnl, i rinvii derogatori già presenti nel sistema su svariate materie ad opera della legislazione precedente, i rinvii sempre derogatori da ultimo contenuti nel decreto legislativo sulle forme contrattuali e la disciplina delle mansioni, sono una spia di quanto la derogabilità sia oggi diffusa nel sistema del diritto del lavoro<sup>271</sup>.

---

101: "L'inderogabilità – spesso si dice – comporta un costo, ovviamente a carico dell'impresa, e produce inefficienza. [...] Ma il «costo giuridico» che essa esige per la tutela di diritti a contenuto pregnante non può essere giudicato *a priori* eccessivo, né d'altro canto è dato sapere quale sarebbe il costo, questa volta a carico del lavoratore, di una sterzata del legislatore verso l'abbassamento delle garanzie".

<sup>269</sup> Cfr. artt. 412, comma 2, n. 2, e 412-*quater*, comma 3, c.p.c. che prescrivono "il rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari" per la definizione dell'arbitrato secondo equità. Seppure nell'ambito di risoluzione, per via consensuale, di una controversia tra le parti, queste norme evidenziano l'importanza dei limiti che gli arbitri devono tener presenti, e ciò per due ordini di ragioni: 1) se non rispettassero tali principi il lodo non potrebbe produrre effetto alcuno all'interno dell'ordinamento in cui si inserisce; 2) l'ordinamento non vuole che una clausola compromissoria possa sminuire la tutela che viene accordata alla parte debole del rapporto di lavoro.

<sup>270</sup> Come sottolinea C.Cester, *ivi*, p. 33: "lo schema di base non è cambiato, fondato com'è non tanto o non solo su un generale principio di *favor* per il prestatore di lavoro subordinato, quanto, a ben vedere, sui principi di gerarchia tra le fonti, semmai temperati, ma non contraddetti, da un principio di sussidiarietà. Con riguardo alla funzione derogatoria, essa non contraddice quei principi, posto che è la stessa legge ad autorizzare la deroga, attribuendo alla contrattazione collettiva una funzione nuova e vincolando al contempo i soggetti autorizzati al possesso del requisito qualitativo di rappresentatività, nelle sue varie declinazioni".

<sup>271</sup> C.Cester, *ivi*, p. 101: "Nella maggior parte dei casi – è opportuno non dimenticarlo – non si tratta di un processo diretto e conclamato, posto che le ipotesi di espressa derogabilità della legge restano tutto sommato circoscritte, anche se non insignificanti; si tratta invece di un lavoro più silenzioso e quasi sotterraneo, che si avvale sia dell'intreccio tra fonti diversificate nel quale l'inderogabilità finisce per smarrirsi, sia di strumenti per lo più concepiti ad altri fini (la conciliazione, la certificazione, forse

Certo, il tutto risponde alle nuove politiche legislative tese a flessibilizzare e a rendere la disciplina più duttile ai contesti in cui si inserisce, ma una così ampia facoltà dispositiva riconosciuta alle parti sociali produce un'ulteriore conseguenza: la rigidità propria delle norme lavoristiche, tesa a limitare la disponibilità degli attori collettivi, così come di quelli individuali, qualora venisse meno, potrebbe ricondurre in via ancora speciale, ma forse non più così indipendente, il diritto del lavoro al diritto privato; con un'apertura alla libertà dispositiva delle parti collettive di ogni livello<sup>272</sup> che attenua le tutele previste in via legislativa.

Ma fino a che punto può attenuarle<sup>273</sup>? Può oscurare perfino i principi che le pongono?

Se si guarda, come detto all'inizio di questo paragrafo, l'art. 8, che rappresenta la norma di rinvio derogatorio per eccellenza, la risposta non può che essere negativa: la deroga deve rispettare i principi costituzionali e i vincoli sovranazionali (europei ed internazionali). Questi restano inderogabili anche di fronte alla deroga consentita dalla legge.

Ed è da ritenere che il limite posto alla possibilità di deroga della contrattazione collettiva di prossimità, data la non abrogazione della norma, sia da considerare un limite generale alla diffusa derogabilità del sistema.

Insomma, è vero che il rinvio derogatorio trova collocazione in norme diverse, che delineano le materie in cui essa può esplicarsi e i contratti collettivi, tutti od alcuni, che possono realizzarla, ma occorre considerare il limite posto in via legislativa dall'art. 8, comma 2-bis, come l'ultimo riferimento inderogabile ancora imprescindibile nel

---

l'arbitrato), sia, infine, di spostamento di equilibri a livello macroeconomico, equilibri nei quali norma inderogabile e misure per l'occupazione talora sono viste fra loro incompatibili, talaltra vengono fatte convivere a forza".

<sup>272</sup> In riferimento all'art. 8, comma 2-bis, della l. n. 148/2011 (ma alla luce dell'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 è valida ormai per la contrattazione collettiva in generale), si veda la considerazione che fa R. De Luca Tamajo, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, cit., p. 732: "va rilevato che il potere di deroga riconosciuto alla contrattazione aziendale modifica un tratto originario della autonomia collettiva, nata per limitare la concorrenza tra i lavoratori sul mercato (e suoi costi) del lavoro nonché per evitare fenomeni di *dumping* sociale tra i datori di lavoro, mediante il divieto di adottare trattamenti economici e normativi più bassi di quelli delle aziende concorrenti. La derogabilità del Ccnl [oggi si potrebbe leggere della legge ad opera di ogni livello di contrattazione collettiva] altera, insomma, una delle più tipiche e storiche funzioni dell'autonomia collettiva, se non forse il suo codice genetico, con il rischio di trasformarla addirittura in uno strumento di concorrenza tra le imprese". E su quest'ultimo punto, si può dire che la 'profezia' si sia avverata.

<sup>273</sup> Certo non può eliminarle, ma comunque ridimensionarle o prevederne un diverso paradigma.

sistema, che sta sì mutando verso una flessibilità del rapporto di lavoro e della costruzione dell'ordinamento intersindacale, ma che non può perdere quell'indirizzo di tutela che la Carta costituzionale, le normative europee e le convenzioni internazionali tengono a mantener fermo<sup>274</sup>.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CESTER, C. *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 102F.Carinci (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, in ADAPT University press e-Book series, n. 48, 2015.

CESTER, C. *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in AIDLASS, *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2009.

CORAPI, D. *Le società per azioni*, in G.Alpa, M.J.Bonell, D.Corapi, L.Moccia, V.Zeno-Zencovich e A.Zoppini, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Laterza, Roma – Bari, 2012.

Fili, V. *Prime note sulla somministrazione di lavoro (artt. 30 – 40)*, in F.Carinci (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015*.

De Luca Tamajo, R. *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 140, 2013.

Magnani, M. *La riforma dei contratti e del mercato del lavoro nel c.d. Jobs Act. Il Codice dei contratti*, in *Dir. rel. ind.*, n. 4, 2015, p. 961 ss.

Marazza, Dalla M. (House of cards) *alla realtà: un immaginario raffronto tra l'America Works di Frank Underwood e il Jobs Act di Matteo Renzi*, in *DLM*, I, 2015. Disponibile em:<<https://www.inps.it/docallegati/DatiEBilanci/osservatori/Documents/Osservatorio%20Precariato%20-%20Gen-Lug%202016.pdf>>.

---

<sup>274</sup> C.Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 102: "Al di là di tutto, la norma inderogabile mantiene la sua fondamentale funzione di strumento di acquisizione dei diritti in capo ai soggetti che ne sono destinatari, e le aperture verso deroghe di corrispondente ampiezza, in una sua accezione aggiornata, vanno attentamente controllate. Nell'attuazione dell'ordine socio-economico del nostro sistema costituzionale, come integrato nel contesto comunitario, essa è ancora la bussola senza la quale si rischia di smarrire la rotta".

Pizzoferrato, *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, in AIDLASS, *Lavoro, diritti fondamentali e vincoli economico-finanziari nell'ordinamento multilivello*, 2015, consultabile online all'indirizzo <http://www.congressoaidlass2015.it/wp-content/uploads/2015/04/Relazione-AIDLASS-Pizzoferrato-1.pdf>.

Santoro-Passarelli, G. *Il contratto aziendale in deroga*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 254/2015.

Scarano, L. *È finito il tempo dei patti di sindacato. Intervento eteronomo e autonomia individuale nel Jobs Act II*, in *Riv. giur. lav.*, n. 2, 2016.

Zoppoli, L. *Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 284/2015.

# OS SENTIDOS DO TEMPO EM UM DIREITO DO TRABALHO DE EXCEÇÃO: DO ESQUECIMENTO À EMERGÊNCIA PANDÊMICA

## THE SENSES OF TIME AND THE RIGHT TO WORK IN A “STATE OF EXCEPTION”: FROM FORGETTING TO PANDEMIC EMERGENCY

Carlos Eduardo Soares de Freitas<sup>275</sup>

Felipe Santos Estrela de Carvalho<sup>276</sup>

Renata Queiroz Dutra<sup>277</sup>

**RESUMO:** Neste artigo buscaremos refletir sobre os sentidos do tempo naquilo que António Casimiro Ferreira denomina de “direito do trabalho de exceção”. Dentre as múltiplas desconstruções que o direito do trabalho tem enfrentado em razão dos tensionamentos impostos pelas agendas de austeridade, uma delas tem sido o manejo arbitrário do tempo passado e do tempo presente. A partir desse diálogo, pensaremos a dimensão do esquecimento na construção de um direito do trabalho de exceção, a partir da discussão sobre o passado de escravidão e suas continuidades, bem como sobre a flexibilização do direito do trabalho no Brasil durante do regime militar e o apagamento das lutas de resistência. Por fim, debateremos a relação entre a aceleração do tempo neoliberal e os prejuízos democráticos e sociais materializados nas reformas trabalhistas e na jurisprudência constitucional que as sustentou, dando destaque ao oportunismo com que a emergência pandêmica foi tratada, aprofundando nossa crise.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tempo; Trabalho; Lutas sociais; Neoliberalismo; “Direito do Trabalho de Exceção”.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2. O que um direito do trabalho de exceção nos diz sobre o tempo? 3. Passados presentes: o esquecimento e as continuidades históricas. 4. Nosso tempo é agora: pandemia, racismo e direito do trabalho de exceção. 5. Algumas considerações. Referências.

**ABSTRACT:** In this article we will seek to reflect on the meanings of time in what António Casimiro Ferreira calls “right to work in a State of Exception”. Among the multiple deconstructions that labor law has faced due to the tension imposed by the austerity agendas, one of them has been the arbitrary management of the past and the present. From this dialogue, we will think about the dimension of forgetfulness in the construction of a “right to Work in a State of Exception”, from the discussion about the past of slavery and its continuities, as well as about the flexibility of labor law in Brazil during the military regime and the erasure of resistance struggles. Finally, we will discuss the relation between the acceleration of neoliberal time and the democratic and social damage materialized in labor reforms and in the constitutional jurisprudence that sustained them, highlighting the opportunism with which the pandemic emergency was treated, deepening our crisis.

**KEYWORDS:** Time; Work; Social struggles; Neoliberalism; “Right to Work in a State of Exception”.

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. What does an exceptional labor law tell us about time? 3. Past present: forgetfulness and historical continuities. 4. Our time is now: pandemic, racism and exceptional labor law. 5. Some considerations. References.

---

Artigo recebido em: 7/12/2020

Artigo aprovado em: 20/12/2020

<sup>275</sup> Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Bahia. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Advogado.

<sup>276</sup> Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Advogado.

<sup>277</sup> Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.



## 1 INTRODUÇÃO

*“A tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade”.*  
Walter Benjamim, Sobre o conceito de história, 1940.

Neste artigo buscaremos refletir sobre os sentidos do tempo no que António Casimiro Ferreira<sup>278</sup> denomina de direito do trabalho de exceção. Dentre as múltiplas desconstruções que o direito do trabalho tem enfrentado em razão dos tensionamentos impostos pelas agendas de austeridade, o manejo arbitrário do tempo passado e do tempo presente se coloca como elemento relevante.

Quanto ao tempo passado, há um constante exercício de esquecimento, que se traduz na deslegitimação das lutas históricas, dos direitos adquiridos e das possibilidades e atributos de um passado no qual a austeridade não tinha, ainda, o lugar imperativo e supostamente inexorável que encontra hoje. Nesse esforço, verificamos a destruição proposital da capacidade crítica<sup>279</sup>, sobretudo em relação aos desdobramentos do passado no presente, mas também em relação aos sentidos mais profundos de direitos enquanto conquistas históricas.

No que toca ao tempo presente, há um movimento concertado de aceleração e urgência imposto pela agenda neoliberal: ao se colocar a serviço das demandas do mercado e da velocidade a elas inerente, solapa-se o tempo das reflexões e das maturações político-jurídicas. O açodamento dos processos legislativos e da própria produção jurisprudencial trabalhista traduz-se num significativo déficit democrático, que é temperado pela ameaça constante de insegurança quanto ao futuro.

A partir dessa chave, buscaremos nesse artigo articular a experiência brasileira, a partir do convergente colapso da democracia associado aodesmonte da legislação protetiva do trabalho, dando lugar a um direito do trabalho de exceção, bem como ao seu agravamento em função da pandemia da Covid-19 e de seu trato oportunista por diversos agentes políticos do momento presente.

O artigo é composto dessa introdução e de mais quatro partes.

---

<sup>278</sup>FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida Económica, 2012.

<sup>279</sup>BENJAMIM, Walter. **Imagens de pensamento – Sobre o haxixe e outras drogas**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

Em um primeiro tópico em que dialogaremos teoricamente com o conceito de direito do trabalho de exceção e seus desdobramentos em relação ao tempo.

No segundo tópico, pensaremos a dimensão do esquecimento na construção de um direito do trabalho de exceção, a partir da discussão sobre o passado de escravidão e suas continuidades, bem como sobre a flexibilização do direito do trabalho no Brasil durante a ditadura civil-militar e o apagamento das lutas de resistência.

No terceiro tópico, debateremos a relação entre a aceleração do tempo neoliberal e os prejuízos democráticos e sociais materializados nas reformas trabalhistas e na jurisprudência constitucional que as sustentou, dando destaque ao oportunismo com que a emergência pandêmica foi tratada, aprofundando nossa crise.

Por fim, apresentaremos nossas considerações finais.

## **2 O QUE UM DIREITO DO TRABALHO DE EXCEÇÃO NOS DIZ SOBRE O TEMPO?**

António Casimiro Ferreira, na obra “Sociedade da Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção”, a partir das experiências da troika na União Europeia, debate, desde uma perspectiva da sociologia jurídica, as modificações que o discurso de austeridade implicou para o direito do trabalho. Para o autor, austeridade é “o processo de implementação de políticas e de medidas económicas que conduzem à disciplina, ao rigor e à contenção económica, social e cultural”<sup>280</sup>.

Há, nessa perspectiva, um deslocamento em relação ao que se denominou de “Espírito de Filadélfia”<sup>281</sup>, paradigma ideopolítico que regeu a reconstrução da Europa no pós-guerra e que se cristalizou como um vetor humanístico de proteção ao trabalho a partir de 1944, com a consagração na Constituição da OIT, firmada em Filadélfia em 1944, da ideia de que o trabalho humano não é uma mercadoria e de que a paz permanente depende da justiça social.

As denominadas políticas de austeridade, enquanto receituário de enxugamento das contas públicas essencial ao crescimento econômico e, sobretudo, enquanto alternativa às crises engendradas pelo sistema financeiro, representam um discurso de sacrifício que Mark Blyth adequadamente denomina de “dor virtuosa após a festa

---

<sup>280</sup> Ibidem, 2012, p. 11.

<sup>281</sup> SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total**. Porto Alegre: Sulina, 2014.

imoral”<sup>282</sup>, uma vez que imputa aos mais vulneráveis o sacrifício, em direitos e garantias sociais, para o equilíbrio fiscal abalado justamente pelos arroubos do sistema financeiro.

Enredadas a partir de uma perspectiva construída de arrocho fiscal, as sociedades de austeridade se assentariam essencialmente na ideia de sacrifício como pressuposto para a saúde financeira pública. Entretanto, um ponto essencial explorado concerne à ideia de sacrifício e o seu distanciamento em relação ao valor da justiça social, diante do fato de que tais políticas desconsideram os efeitos da desigualdade social no seu desenho. Desse modo, a partir do alheamento ao dado da desigualdade social, o qual permeia todas as doutrinas liberais e neoliberais, projetadas num espaço ideal que não é concretizável numa sociedade de classes, as propostas das sociedades de austeridade recaem de forma mais intensa sobre os sujeitos que são usuários de políticas sociais, exatamente aqueles mais vulneráveis<sup>283</sup>.

Embora alguns autores assimilem a ideia de austeridade como uma manifestação da racionalidade neoliberal<sup>284</sup>, Casimiro Ferreira compreende o Estado de Austeridade como um passo adiante em relação ao Estado Neoliberal, forjado após o consenso de Washington. Entende o autor que um dos indicadores dessa transição distintiva entre os dois paradigmas de Estado é justamente a feição que o direito do trabalho adquire no contexto da austeridade, além das modificações incidentes sobre as ideias de cidadania e sobre as concepções dos atores sociais<sup>285</sup>.

Tão importante quanto compreender esse arranjo forjado na esfera estatal é perceber que as políticas de austeridade traçam também subjetividades. Nesse sentido, Ferreira trabalha o papel do medo e as chamadas narrativas de conversão. Mais do que um sujeito individualista e focado no seu próprio desempenho como solução biográfica para problemas sociais, o sujeito forjado pela austeridade é um sujeito que teme e se sente inseguro e que, paradoxalmente, atende e consente com os postulados da austeridade porque perde a capacidade de confiar em projetos coletivos, agendas sociais e instituições sociais<sup>286</sup>, tendendo à adesão a projetos autoritários, como já apontara

---

<sup>282</sup>BLYTH, Mark. **Austeridade: A história de uma ideia perigosa**. Trad. Freitas e Silva (E-book). Autonomia Literária, 2018, l. 416.

<sup>283</sup>FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida Económica, 2012.

<sup>284</sup>DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. Tradução: Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

<sup>285</sup> Ibidem, 2012.

<sup>286</sup> Ibidem, 2012.

Standing(2013). O consectário dessa subjetivação é a deslegitimação de qualquer agenda com *ethos* social, que se desdobra inclusive na cooptação de instituições e organizações historicamente oriundas da cidadania social para legitimar a austeridade:

Deste modo, as instituições e organizações da cidadania social podem ser conquistadas e convertidas. O recente acordo de concertação social e ilustrativo deste processo, quer pela permanente ameaça exercida sobre os sindicatos, quer pela interiorização por parte dos sindicatos signatários do acordo de que não existiam alternativas<sup>287</sup>.

Um dos marcadores dessa escalada do neoliberalismo em direção à austeridade seria a construção do direito do trabalho de exceção. Por meio dele, ameaça-se o princípio do direito democrático, substituindo-o por outro, baseado em normas pretensamente naturais e técnicas, que reportam continuamente ao campo neoclássico da economia. Esse direito segue um padrão imposto pelo capitalismo financeiro, como agenda inexorável não apenas para as relações econômicas, mas para as relações humanas de forma geral. Nessa linha, expulsam-se do direito as considerações sobre justiça, promovendo o regresso do direito do trabalho a algo exterior a ele e eliminando sua identidade político-jurídica em favor de uma promessa de atração de financiamento externo por parte dos Estados<sup>288</sup>.

A ideia de direito de trabalho de exceção, segundo António Casimiro Ferreira pode ser sintetizada em três elementos centrais: 1) a compreensão do direito do trabalho (e não apenas do trabalho) como mercadoria, na medida em que o direito do trabalho passa a ser tratado como produto de mercado a operar como diferencial na concorrência (ao invés de sujeitar a competição à lei, é o direito que se sujeita à concorrência em um mercado jurídico sujeito às leis da oferta e da procura); 2) um neocontratualismo laboral, no qual se rompe como o binômio trabalho subordinado x trabalho autônomo, multiplicando formas híbridas de trabalho dependente e “balcanizando” as formas de emprego no sentido de uma promoção do contrato, em detrimento do estatuto dos trabalhadores; 3) a conversão do direito subversivo no direito do trabalho de exceção, ou seja, aquilo que, por força da disputa regulatória promovida pelos agentes econômicos no contexto neoliberal, eram práticas ilícitas amplamente disseminadas no cotidiano da exploração da força de trabalho (direito subversivo), através de reformas legislativas unidirecionais se tornam práticas lícitas, que melhor se traduzem no direito

---

<sup>287</sup> Ibidem, 2012, p. 133.

<sup>288</sup> Ibidem, 2012.

do trabalho de exceção, no qual a ilicitude de ontem é a regra de hoje. Em outras palavras, é “a falta de efetividade do Direito do Trabalho como novo padrão de dominação”<sup>289</sup>.

Para construir essa compreensão da austeridade, uma das dimensões fundamentais é a dimensão do tempo. António Casimiro Ferreira<sup>290</sup>, partindo da premissa de que tempo é poder, por regular política, jurídica e socialmente a nossa sociedade, entende que o tempo é um elemento central para a ideia de austeridade e para o direito do trabalho de exceção, que agiriam no sentido de relativizar a história e a memória, como forma de disputar os sentidos do tempo.

Igualmente, colocam em jogo o domínio sobre a capacidade regulatória da sincronização dos ritmos sociais, quanto à partilha e organização dos tempos de trabalho e do tempo livre, bem como no sentido de repensar a solidariedade intergeracional e os mecanismos de proteção e segurança social<sup>291</sup>.

Ao fazê-lo, a sociedade da austeridade e o direito do trabalho de exceção agem contra os direitos adquiridos e contra o sentido de segurança jurídica. O conflito entre o princípio da segurança jurídica e a temporalidade da exceção é causa de instabilidades políticas e sociais. Isso porque interfere, afinal, no tempo do consentimento e na sua relação fundamental com a teoria democrática. Para a concretização da agenda de redução da proteção social aliada à remessados indivíduos a um engajamento biográfico na insegurança social produzida, é preciso revogar direitos e memórias de outros contextos sociais e outras experiências de cidadania, não contratualizadas<sup>292</sup>.

De outro lado, é relevante para a teoria democrática o tempo da resolução dos conflitos, de modo que, em sua oposição, caracteriza o direito do trabalho de exceção o imediatismo da pressão para revisão dos textos constitucionais e legislativos (diante de agendas que se impõem como inexoráveis, parece despiciendo “perder” tempo nos debates). A isso se associa o esquecimento do texto constitucional pelo próprio Poder Judiciário que, encampando aquilo que Ferreira denomina de jurisprudência de austeridade, resulta aturdido pela tensão entre decisões rápidas e decisões ponderadas<sup>293</sup>.

---

<sup>289</sup> Ibidem, 2012.

<sup>290</sup> Ibidem, 2012.

<sup>291</sup> FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida Económica, 2012.

<sup>292</sup> FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida Económica, 2012.

<sup>293</sup> Exemplo dessa prática pode ser a atuação do STF, que, no âmbito do julgamento da ADI 6363, em apreciação cautelar, com medida de urgência, a fim de valorizar o tempo curto do acordo individual em

Assim, o que se observa do trato do tempo pela agenda da austeridade é que se cria um tipo de direito de exceção em que se desvaloriza o passado, por já ter ocorrido, e o futuro, por ser demasiado incerto, fomentando uma cultura jurídica da impaciência, com propensão para o provisório, que, em regra, em seguida se torna definitivo<sup>294</sup>.

Desenvolve-se, nessa senda, uma perda da memória (estatutos e direitos adquiridos) e, também, da dinâmica profunda e política de solução de conflitos (entre os quais se incluem a produção legislativa, o julgamento, a negociação, o diálogo social) com qualidade democrática<sup>295</sup>.

Todo esse processo bem diagnosticado por Ferreira<sup>296</sup>a partir da experiência europeia pode ser identificado, em suas particularidades, no cenário contemporâneo das relações do trabalho no Brasil. Aqui, o direito do trabalho subversivo, forjado, sobretudo a partir da diferença entre o tempo acelerado da rotatividade dos trabalhadores e o tempo burocrático das instituições de regulação do trabalho<sup>297</sup>, se converteu, em um espaço de tempo muito curto para a tramitação, no direito do trabalho instituído, como exceção, de modo que aquilo que outrora era uma ilegalidade reiteradamente cometida e impune no tempo, se torna a própria legalidade desprotetiva e de exceção.

Exemplo disso foi a tramitação legislativa da Lei nº 13.467/2017, *que se operou de forma extremamente abreviada e sem amadurecimento da discussão com a sociedade, à revelia do que exigem as Convenções nº 144 e 154 da OIT, que requerem, respectivamente, consulta tripartite e consulta às organizações de trabalhadores para a implementação de revisões amplas da legislação trabalhista no âmbito dos países membros*<sup>298</sup>. *Tal normatividade legitimou práticas ilícitas há muito difundidas no nosso mundo de trabalho, como a terceirização de atividade-fim, os regimes de compensação*

---

detrimento do tempo democrático da negociação coletiva, promoveu o esquecimento do art. 7º da carta constitucional, legitimando que, para determinadas faixas salariais, no contexto pandêmico, fossem admitidos acordos individuais para redução de salário e jornada, tal como posto na MP nº 936/2020.

<sup>294</sup>FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida Económica, 2012.

<sup>295</sup>FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida Económica, 2012.

<sup>296</sup> Ibidem, 2012.

<sup>297</sup>DUTRA, Renata Queiroz. **Trabalho, regulação e cidadania: a dialética da regulação social do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018.

<sup>298</sup> Nesse sentido, o Enunciado nº 1 da II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada em Brasília nos dias 9 e 10 de outubro de 2017 e organizada pela ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp> Acesso em 29/11/2020, 21h21min.

*de jornada 12x36 e até mesmo práticas ilícitas como o salário “por fora” e a supressão do pagamento de horas de trajeto.*

*Com o acirramento dos conflitos entre capital e trabalho e da agenda neoliberal a partir de 2019, tais alterações passaram a ocorrer de forma ainda mais acelerada, suprimindo até mesmo o espaço dos debates legislativo, por meio da cada vez mais habitual edição de Medidas Provisórias em matéria trabalhista, como foram as MPs nº 881/2019, 905/2019 e, já no contexto da pandemia do Covid-19, as MPs nº 927 e 936/2020.*

As alterações no bloco no poder<sup>299</sup> que permitiram a eleição de Jair Bolsonaro (sem partido) para o comando do poder executivo federal (2019-2022) é representativa deste processo, com sérias repercussões violadoras no âmbito dos direitos humanos, aí incluídos os direitos trabalhistas, da participação popular e da representação democrática, além da extinção e esvaziamento de políticas públicas e serviços essenciais vinculados à proteção, assistência e seguridade social.

Instituído o direito do trabalho de exceção, ele passa a ser constantemente modificado por medidas provisórias, em si mesmas atos normativos precários instituídos de forma unilateral pelo Poder Executivo, para serem aprovados, em curto espaço de tempo, pelo Poder Legislativo, sob pena de perderem vigência. Na linha do que apresenta Casimiro Ferreira<sup>300</sup>, nada mais condizente com um modelo de sociedade que se alimenta do medo e da insegurança do que normatizar aquilo que é central à vida das pessoas – o trabalho –, por meio de medidas provisórias, fomentando ainda mais instabilidade. Esse processo também é representativo do encurtamento do tempo dos debates democráticos, em um cenário no qual minguam a democracia e as concepções estatutárias de cidadania.

A chegada da pandemia da Covid-19 implicou, no caso brasileiro, enfrentá-la a partir de uma estrutura desenhada para a austeridade no nosso mercado de trabalho etambém da percepção de que a pandemia é uma “oportunidade” para emplacar mais

---

<sup>299</sup>BOITO JR (2007, p. 58) define que “o emprego do conceito de bloco no poder exige, em primeiro lugar, que o pesquisador detecte as frações de classe dominante que agem como força social distinta em uma dada conjuntura, isto é, os interesses econômicos setoriais burgueses que ensejam, diante da política de Estado, a formação de grupos diferenciados que perseguem, no processo político, objetivos próprios. Em segundo lugar, exige que o pesquisador procure estabelecer quais interesses de fração são priorizados pela política econômica do Estado e quais são relegados a um plano secundário. A localização dos interesses efetivamente priorizados pela política do Estado indica qual é a fração hegemônica no interior do bloco no poder”.

<sup>300</sup> Ibidem, 2012.

medidas dessa natureza. Naomi Klein<sup>301</sup>, em “A doutrina do choque” associa a implementação de diversas políticas neoliberais que encontram resistência social a cenários de desastre e de regimes políticos de exceção, nos quais o capitalismo vê como oportunidade o fato de estarem minadas as resistências por processos de destruição, que podem decorrer de regimes autoritários com práticas de tortura, desastres naturais, guerras e outras catástrofes. Não à toa, a semântica “oportunidade” surgiu na reunião ministerial publicizada em um contexto de pandemia sem precedentes nesse século. A legislação produzida durante a pandemia é toda uma legislação de emergência, que, como o próprio Ministro do Meio Ambiente declarou, deveria ser vista como uma oportunidade<sup>302</sup>: tempo premiado.

O “tempo da quarentena”, medida de isolamento social coletiva necessária ao enfrentamento da pandemia do COVID-19, apresenta-se também como grande debate político do nosso país: o tempo dos médicos e infectologistas parece ser um, ao passo que o tempo dos economistas a serviço do capital é outro, que se assemelha ao do rendimento financeiro, e esse dissenso tem ocupado o centro da questão relativa à efetividade das políticas públicas necessárias à contenção da pandemia. Aliada a essas, há a vulnerabilidade da população esquecida ao longo do tempo, que recebeu o auxílio emergencial com atraso e, ao que as manifestações dos agentes do governo indicam, deixaram de recebê-lo antes que se encerre o tempo da sua necessidade.

A pandemia resgata o tempo de muitas maneiras: evidencia o terror do neoliberalismo sobre uma população negra e pobre, acentuando-se sobre milhões de trabalhadores informais que se dividem entre os que nunca foram absorvidos pelo direito do trabalho – que nunca dialogou devidamente com o passado de escravidão e suas reminiscências no presente<sup>303</sup> – ou entre os novíssimos empreendedores uberizados, produto da farsa da modernidade capitalista, que resgata a mesma escravidão, atualizada aos imperativos das tecnologias da informação e comunicação, baseadas em um hipercontrole do tempo<sup>304</sup>. Essa memória não trabalhada e suas marcas

---

<sup>301</sup>KLEIN, Naomi. **A doutrina de choque: a ascensão do capitalismo de desastre**. Tradução Vânia Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

<sup>302</sup>LARA, Matheus; Piovesana Matheus. Salles reforça fala em reunião ministerial sobre "passar a boiada". Uol Notícias. 23 mai. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/05/23/salles-reforca-fala-em-reuniao-ministerial-sobre-passar-a-boiada.htm>. Acesso em: 4 dez. 2020, 14h00.

<sup>303</sup>ALVES, RaíssaRoussenq. **Entre o silêncio e a negação: trabalho escravo contemporâneo sob a ótica da população negra**. São Paulo: Ed. Letramento, 2019.

<sup>304</sup>ANTUNES, Ricardo; FILGUEIRAS, Vitor. **Plataformas Digitais, Uberização do Trabalho e Regulação no Capitalismo Contemporâneo**. Contracampo, Niterói, v. 39, n.1, abr-jul/2020.



vivas na sociedade intensificam os impactos da pandemia e a dificuldade de articulação de uma proteção social que possa fazer frente ao novo Coronavírus, sobretudo para a população negra vulnerabilizada.

Resgata também o passado longínquo e recente de precarizações, nas quais a falta de garantia do emprego permite que, em tempos de pandemia, haja dispensas coletivas, sem ao menos estabelecer-se previamente a negociação coletiva. Fruto do fim da estabilidade na ditadura e também das recentes e expressas flexibilizações de 2017, sobretudo aquelas que incentivam a rotatividade no trabalho retirando da esfera coletiva de negociação debates sobre experiências coletivas, como as dispensas em massa.

### **3 PASSADOS PRESENTES: O ESQUECIMENTO E AS CONTINUIDADES HISTÓRICAS**

A obra de Casimiro Ferreira<sup>305</sup> oferece um instrumental analítico potente, capaz descortinar como a dinâmica atual do capitalismo, marcado pela hegemonia neoliberal financeira, tem redefinido os sentidos sobre categorias sociais e jurídicas caras à modernidade como tempo, trabalho, Estado, democracia, direito e mercado, dando forma àquilo que o autor denomina de direito do trabalho de exceção. Para o aprofundamento do problema proposto, passa-se ao exame do contexto histórico jurídico nacional, com o objetivo de identificar esse movimento de (des)construção do direito do trabalho de exceção no Brasil.

O estudo sobre as regulamentações legais sobre direitos trabalhistas sugere, invariavelmente, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) como marco temporal fundamental. É comum que persista certa indiferença em relação a períodos anteriores à CLT. Entre o final definitivo do sistema formal de exploração de trabalho escravizado, em 1888, e a publicação da CLT, em 1943, persistiu um período cujo exame revela desinteresses para a normatização de direitos sociais relacionados ao mundo do trabalho. Observando-se de maneira mais atenta, o país careceu de regulação sobre a exploração do trabalho daqueles que passaram à condição de liberdade ao longo do século XIX, como bem evidencia Alves<sup>306</sup>.

---

<sup>305</sup> Ibidem, 2012.

<sup>306</sup> Ibidem.

Essa ausência de normas, ou em as havendo, o seu descumprimento, merece exame detido em torno do seu significado e dos reflexos no tempo que se acumulam e chegam ao século XXI. Nesse longo período, é possível identificar um traço predominante da cultura jurídica que alinhava situações e continuidades históricas. Esse traço se configura sob a forma de um insistente esforço burguês voltado ao esquecimento dos trabalhadores, assim como das suas resistências e conquistas, no amplo trato sobre as relações do trabalho.

O processo de instituição das primeiras leis do trabalho no país foi marcado pela diferença normativa no tratamento entre negros e brancos. Ao mesmo tempo em que a regulação do trabalho do imigrante europeu foi progressivamente se tornando mais protetiva e menos punitiva (como é o caso das Leis de 1830, 1837 e 1879), especialmente como forma de incentivo à vinda desses trabalhadores para o território nacional, aos ex-cativos e africanos livres são impostas alforrias condicionadas ao pagamento de indenização ou conversão em servidão por dívida aos antigos proprietários. Como é o caso da Lei do Ventre Livre, de 1871 e da Lei dos Sexagenários de 1885. As desigualdades entre negros e brancos nas condições de acesso ao trabalho livre nascente reforçam esse vínculo estrutural entre racismo e regulação trabalhista.

O movimento histórico de conquistas de direitos depende da dinâmica dos conflitos coletivos em que se contrapõem interesses distintos. É parte desse conflito a tentativa de silenciamento do adversário, ou do inimigo, tratamento que varia de acordo com a conjuntura. No ambiente jurídico oitocentista, pesquisas têm identificado o esforço dos interesses escravocratas no atraso da regulação do trabalho “livre” de pessoas que haviam sido escravizadas, e na permanência da escravização ilícita. Elciene Azevedo<sup>307</sup> e Gabriela Barretto de Sá<sup>308</sup> nos mostram como os processos judiciais no âmbito criminal assumiram esse papel. A compreensão de um Direito que, naquele contexto, garantisse contratos e condições minimamente dignas, envolvendo a maioria dos trabalhadores brasileiros, necessariamente passava pela autorização jurídica predominantemente escravocrata acerca da condição básica de pessoa livre. Sá<sup>309</sup> lembra, por exemplo, a limitação legal do *habeas corpus* na defesa da liberdade de pessoas escravizadas, apenas autorizado com a Lei do Ventre Livre, em 1871. A cultura

---

<sup>307</sup>AZEVEDO, Elciene. **O direito dos escravos: lutas jurídicas e abolicionismo na província de São Paulo**. Campinas: Editora da Unicamp, 2010.

<sup>308</sup>SÁ, Gabriela Barretto. **A negação da liberdade: direito e escravização ilegal no Brasil oitocentista (1835-1874)**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2019.

<sup>309</sup> Ibidem.

jurídica de então dispunha, muito naturalmente, que no mundo dos direitos, o direito de propriedade se sobrelevava em face da liberdade e da igualdade.

Mario Ruiz Sotelo<sup>310</sup> nos informa que desde Antón de Montesino e Bartolomé de Las Casas, ambos no século XVI, as críticas à conduta colonizadora e escravocrata foram expostas de forma substanciada, e que sublevações não deixaram de acontecer na defesa da liberdade e da igualdade de tratamento entre brancos e não-brancos. C.L.R. James<sup>311</sup> registra, neste sentido, a revolta dos haitianos contra os brancos locais, os espanhóis, os ingleses e, finalmente, a “derrota da expedição de Bonaparte, em 1803”<sup>312</sup>, que resultou no “estabelecimento do Estado negro do Haiti”<sup>313</sup>.

A defesa da exploração do trabalho escravizado nas Américas conviveu fraternalmente com o pensamento liberal, como demonstraram os períodos posteriores à revolução francesa e as posturas de governantes dos países colonizados. A cultura jurídica predominante cumpria o seu papel e sustentava a necessidade da escravização, em aparente harmonia com a defesa de liberdade, igualdade e fraternidade no território do colonizador, como demonstrou Marcos Queiroz<sup>314</sup>.

No Brasil, a crítica a essa compreensão era prejudicada pela recusa da colônia em implantar por aqui uma universidade<sup>315</sup>, ao tempo em que dominavam nos fóruns tropicais bacharéis formados em instituições europeias, como a universidade de Coimbra, que compunham uma elite intelectual comprometida com a manutenção do escravismo<sup>316</sup>. Como exemplo de articulação entre liberalismo e sistema escravista, vê-se a proposta de Teixeira de Freitas de elaborar um código da legislação nacional sem que houvesse nele regras sobre a escravidão, que comporiam um apartado “Código Negro”<sup>317</sup>. Tratava-se de um projeto que sugere mostras do ânimo de segregar o que não

---

<sup>310</sup>SOTELO, Mario Ruiz. Hacia una visión decolonial de los derechos humanos. In: FAVERO, Celso Antônio; FREITAS, Carlos Eduardo Soares de; TORRES, Paulo Rosa. **Distopias e Utopias: entre escombros do nosso tempo**. Salvador, EDUFBA, 2020, p. 257-287.

<sup>311</sup>JAMES, C.L.R. **Os jacobinos negros: Toussaint L’Ouverture e a revolução de São Domingos**. São Paulo: Boitempo, 2010.

<sup>312</sup>Op.cit., p. 15.

<sup>313</sup>Op.cit., p. 15.

<sup>314</sup>QUEIROZ, Marcos. **Constitucionalismo brasileiro e atlântico negro: a experiência constituinte de 1823 diante da revolução haitiana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

<sup>315</sup>RIBEIRO, Marcus Tadeu Daniel. **A pesquisa e a universidade**. Revista Dissertar, v.1, n. 6 (3), 2004.

<sup>316</sup>SÁ, Gabriela Barretto. **A negação da liberdade: direito e escravização ilegal no Brasil oitocentista (1835-1874)**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2019.

<sup>317</sup>TORRES, Paulo Rosa. **Comunidades remanescentes de quilombos: da escravatura à disputa contemporânea por seus territórios tradicionais**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social da Universidade Católica do Salvador. Salvador: UCSal, 2020.

seria moderno, e que pode ser lido também como meio de ocultamento do trabalho escravizado, como se o silenciamento da crueldade forjasse uma outra realidade.

Cumprir lembrar que havia uma imensa influência de teorias que estabeleciam a naturalização das diferenças entre raças, com evidente favorecimento à supremacia do indivíduo branco e rebaixamento de negros e indígenas, em desfavor dos argumentos expostos por Bartolomé de Las Casas desde o século XVI. A ideia do branco como ser e do não branco como não ser<sup>318</sup> ditava os passos da intelectualidade, especialmente a jurídica.

A disputa entre o direito dos proprietários (de indivíduos escravizados) e os direitos à liberdade e à igualdade se deram também no campo das finanças públicas. Se, em 1889, uma comissão de negros libertos reivindicou ao ministro Rui Barbosa “um fundo de emancipação para os negros nascidos libertos”<sup>319</sup>, o parlamentar Barão de Cotegipe queixou-se, na mesma época, das perdas dos senhores de terras provocadas pela abolição e solicitou compensações<sup>320</sup>. Não houve a satisfação plena das reivindicações financeiras do Barão de Cotegipe, mas os benefícios aos escravocratas e àqueles que os sucederam foram significativos. Afinal, a primazia da política racista permitiu a instalação de ambiente para o aprofundamento da exploração das pessoas que formalmente deixaram de ser consideradas escravizadas.

A postura intelectual dos juristas liberais no século XIX, segundo Dora Lucia de Lima Bertulio<sup>321</sup>, não permite dúvidas sobre a influência sutil ou não, do racismo na criação e interpretação das normas. Em paralelo, o Estado reprimia e impunha o silenciamento sobre conquistas de direitos e lutas populares, como a revolta dos Malês, em 1835, em Salvador, ou o movimento dos ganhadores, em 1857, também na Bahia<sup>322</sup>. Neste sentido, importa lembrar a reflexão crítica de Florestan Fernandes acerca da Abolição, como “uma revolução do branco para o branco”, um processo, portanto, incompleto, pois não fora fruto essencialmente da insurgência política dos negros: “O

---

<sup>318</sup>FANON, Frantz. **Os Condenados da Terra**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1979. SOTELO, Mario Ruiz. Hacia una visión decolonial de los derechos humanos. In: FAVERO, Celso Antônio; FREITAS, Carlos Eduardo Soares de; TORRES, Paulo Rosa. **Distopias e Utopias: entre escombros do nosso tempo**. Salvador, EDUFBA, 2020, p. 257-287.

<sup>319</sup>ALMADA, Sandra. **Abdias Nascimento**. São Paulo: Selo Negro, 2009, p. 25.

<sup>320</sup>BARBOSA, Rui. **A Questão Social e Política no Brasil**. 1919. Kindle.

<sup>321</sup>BERTULIO, Dora Lucia de Lima. **Direito e relações sociais – Uma Introdução crítica ao Racismo**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 1989.

<sup>322</sup>REIS, João José. **Ganhadores: a greve negra de 1857 na Bahia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

negro surgia como um símbolo, uma esperança e o teste do que deveria ser a democracia como fusão de igualdade com liberdade”<sup>323</sup>.

Wlamira Albuquerque reforça a ideia de que os protestos negros foram decisivos para a decisão política pela Abolição:

Depois do 13 de maio de 1888, a princesa Isabel foi içada ao papel de Redentora e, portanto, de promotora da principal reforma política e social do século XIX. O panteão nacional foi preenchido pelas figuras mais proeminentes do front abolicionista na grande imprensa, no Parlamento e nos tribunais, deixando de fora da memória do abolicionismo os coiteiros, caifases, saveiristas, tipógrafos, capoeiras e músicos, em geral, escravos, libertos e livres pobres. No entanto, vários desses sujeitos interpretaram a assinatura da Lei Áurea como apenas mais um passo em direção aos propósitos da campanha abolicionista<sup>324</sup>.

O estudo sobre o traço do silenciamento, ou apagamento da realidade, como marca da cultura jurídica nacional sugere que essa característica prossegue firmemente pelo século XX. Vejamos oito casos históricos que apontam essa dinâmica, assim como o outro lado da moeda: as tentativas de resistências dos trabalhadores.

Um primeiro caso: o ministro da fazenda Rui Barbosa, após a abolição do sistema escravista, determinou a queima de parte importante dos arquivos de documentos públicos referentes à propriedade de escravos. Justificou sua ordem como meio de evitar pedidos de indenizações dos escravocratas, que alegavam a perda da propriedade das pessoas escravizadas. Mesmo que encaremos a atitude de Rui Barbosa como abolicionista, a queima de documentos representou perda real e simbólica quanto à prova e registro das relações cruéis que se estabeleceram com a exploração de pessoas escravizadas. Uma medida que promoveu um apagamento que alimentou a normalização dessa cultura jurídica.

Segundo caso: em crítica política a opositores saudosos do sistema escravista, Rui Barbosa publicou, em 1919, o livro “A Questão Social e Política”, no qual denunciou a ausência de bens essenciais à classe proletária. Barbosa endereçou seu relato diretamente aos poderes da república, que deixaram de dispor sobre lei que tratassem de garantias mínimas, como a limitação da jornada de trabalho, a exploração laboral infantil e das mulheres grávidas, o trabalho em condições insalubres, e as

---

<sup>323</sup>FERNANDES, Florestan. **Significado do protesto negro**. São Paulo: Expressão Popular, 2017, p. 23.

<sup>324</sup>ALBUQUERQUE, Wlamira. Movimentos sociais abolicionistas. In Schwarcz, L. e Gomes, F. **Dicionário da escravidão e liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 333.

péssimas condições de moradia das famílias dos trabalhadores. As agruras pelas quais passaram as pessoas que viviam do trabalho, comentadas por Barbosa, eram objetos de regulamentações em outros países. A constitucionalização dos direitos sociais era uma realidade, como se deu no México<sup>325</sup> e na Rússia, com limitação à jornada de trabalho em 8 horas<sup>326</sup>. No Brasil, as condições de trabalho continuavam muito precárias, mesmo com pressão e conquistas dos trabalhadores<sup>327</sup>.

Terceiro caso: além da estruturação de um sistema de regulação das relações de assalariamento, o Estado Novo varguista também se dedicou à (re)construção de uma narrativa identitária nacional capaz de legitimar o projeto político das frações do capital que lhes conduziram ao poder. Se as teses do racismo científico/biológico informaram a elaboração das primeiras leis do trabalho, ainda no período da escravidão, o projeto de regulação trabalhista da chamada Era Vargas esteve em ampla sintonia com o mito da democracia racial, a partir do uso das formulações de Gilberto Freyre, especialmente as desenvolvidas em *opus magnun* “Casa Grande & Senzala”.

Quarto caso: a CLT se limitou a regular vínculos tipicamente de trabalhadores urbanos e excluiu parcialmente os trabalhadores rurais. Essa atitude propositada repetiu o que ocorrera em 1919, quando a lei que dispôs sobre garantias a vítimas de acidentes de trabalho<sup>328</sup> deixou de abranger categorias expressivas da força de trabalho nacional. As normas eximiram-se como política ampla de proteção social à maioria da classe trabalhadora, que ainda se encontrava no campo no início do século XX, constituindo-se em escolhas políticas pautadas no boicote aos camponeses. Os trabalhadores rurais submetidos a vínculos de assalariamento, no entanto, não deixaram de recorrer à legislação e, mesmo limitados, utilizaram-se do judiciário para garantir seus direitos, como demonstra Fernando Teixeira da Silva, em seu estudo sobre o interior paulista na década de 1960<sup>329</sup>.

---

<sup>325</sup>A Constituição mexicana de 1917 determinava, em seu art. 2º, que: “Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por ese solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.”

<sup>326</sup>LUXEMBURGO, Rosa. **Greve de massas, partido e sindicatos**. Coimbra: Centelha, 1974.

<sup>327</sup>GOHN, Maria da Glória. **História dos movimentos e lutas sociais: a construção da cidadania brasileira**. 2ª edição. São Paulo: Editora Loyola, 2001. HARDMAN, Francisco F. LEONARDI, Victor. **História da indústria e do trabalho no Brasil: das origens aos anos vinte**. São Paulo: Global Ed., 1982.

<sup>328</sup>CASTRO, Araujo. **Accidentes do trabalho (Comentário prático da lei e do respectivo regulamento)**. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro & Maurílio, 1919.

<sup>329</sup>SILVA, Fernando Teixeira da. **Trabalhadores no Tribunal – Conflitos e Justiça do Trabalho em São Paulo no contexto do Golpe de 1964**. 2ª edição. São Paulo: Alameda, 2019.

Quinto caso: assim como os trabalhadores rurais, empregadas domésticas também foram excluídas da proteção normativa instituída com a CLT, em 1943. Bernardino-Costa<sup>330</sup> destaca a trajetória de mobilização coletiva das trabalhadoras domésticas como exemplo de contranarrativa a essa representação pacífica do Brasil como paraíso da democracia racial. Resgatando a voz silenciada de mulheres negras, dirigentes sindicais, o autor reconstrói a trajetória de formação do movimento nacional de trabalhadoras domésticas e da sua participação em momentos importantes de reconhecimento de direitos da categoria. Da fundação da Associação Profissional dos Empregados Domésticos de Santos, por Laudelina de Campos Melo, em 1936, passando pela realização do I Congresso Nacional das Trabalhadoras Domésticas em 1968, até chegar ao V Congresso Nacional, em 1985, momento de preparação da categoria para sua participação na Constituinte. Embora com avanços consideráveis, o texto constitucional de 1988 legitimou permanências da escravidão sobre a categoria profissional que mais aglutina mulheres negras. A constitucionalização tardia dos direitos trabalhistas das empregadas domésticas é expressão do racismo estrutural que informou a dinâmica da categoria no cotidiano da exploração da força de trabalho brasileiro. A EC 72/2013 e a LC 150/2015, mesmo com as perdas materializadas na disputa pela regulamentação infraconstitucional<sup>331</sup>, são fruto principalmente da agência coletiva da categoria, rompendo com a figura da mucama e da mãe preta que, de tão entranhada no imaginário nacional, serviu como obstáculo para a equiparação de direitos.

Sexto caso: mesmo durante o governo de João Goulart, período em que a classe trabalhadora conseguiu bom grau de organização, acumulou forças e potencial reivindicatório para conquistar direitos e defender as chamadas “reformas de base”, incrementou-se ali uma forte reação burguesa contra os interesses dos trabalhadores urbanos e dos camponeses. A postura reformista de Jango dirigida ao desenvolvimento nacional e à tentativa de minorar condições degradantes da maioria da população brasileira tornou-se uma das justificativas para o golpe de Estado. É possível

---

<sup>330</sup>BERNARDINO-COSTA, Joaze. **Sindicatos das trabalhadoras domésticas no Brasil: teorias de descolonização e saberes subalternos**. Brasília, 2007. 274 f. Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

<sup>331</sup> Vale ressaltar que esse é um capítulo não encerrado da história de luta dos direitos das trabalhadoras domésticas, uma vez que aquilo que fora alcançado com a disciplina internacional e constitucional da matéria, foi em alguma medida relativizado por meio da regulamentação infraconstitucional, sobretudo no que toca à legitimação da figura das diaristas, conjunto de trabalhadoras domésticas que persistiu na informalidade, alijadas de direitos trabalhistas, em um movimento de continuidade do tempo passado da escravidão e da exclusão.

compreender essa ruptura do processo democrático como uma política de silenciamento. Afinal, havia um alto grau de organização sindical e popular nos primeiros anos da década de 1960, que permitia acesso a direitos antes negados. A título de exemplo, dois eventos dos petroleiros baianos: a campanha por equiparação salarial com os colegas do Sudeste, conhecida como “Ou equipara, ou aqui para!”, e a alfabetização pelo método Paulo Freire, promovida pelos próprios petroleiros em benefício dos novos colegas, todos negros e oriundos da lavoura da cana no recôncavo baiano<sup>332</sup>. A ousadia dos trabalhadores foi paralisada a partir de 31 de março de 1964, com o golpe do silenciamento.

Sétimo caso: instalada a ditadura, Castelo Branco anunciou, em 1966, a necessidade de reformas no Estado brasileiro: reforma administrativa, reforma previdenciária, reforma trabalhista, reforma tributária. A ditadura fez reformas, reestruturou o Estado, reprimiu as organizações populares e políticas que as defendiam, interveio em sindicatos, abateu militantes e populações pobres. No que toca ao trabalho, uma alteração imposta pelos militares foi o engenhoso dispositivo do FGTS: ao mesmo tempo que reduziu o custo do trabalho com aumento da mais valia relativa, criou um fundo público para financiar obras de saneamento e habitação. Uma aparente vantagem ao trabalhador que não era entendida por ele, dada a complexidade das suas regras, e cujos recursos permitiram que o governo autoritário manejasse políticas e verbas. Aqui é colocado como uma ilustração de um tipo sutil de apagamento, pela sua característica de norma cujo manejo independe do trabalhador, que não terá qualquer domínio e lhe será negada a negociação sobre ele, como fazia antes com o direito à estabilidade, prejudicado com o FGTS.

Oitavo caso: após 100 anos da abolição, a sociedade brasileira conseguiu estabelecer uma regra mínima de respeito aos remanescentes de quilombos. Uma conquista social, especialmente das populações negras. Em 1988, o art. 68 não foi inserido no texto constitucional, mas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Anos depois, a tentativa de sua regulamentação, por meio do Decreto nº 4.887/2003, sofreu questionamentos no Supremo Tribunal Federal por suposta inconstitucionalidade. Essa provocação ao STF foi proposta pelo Partido da Frente

---

<sup>332</sup>FREITAS, Carlos Eduardo Soares de. **A repressão de Estado aos sindicatos e sindicalistas baianos na ditadura de 1964: os casos dos petroleiros e bancários.** Revista Continentes. (UFRRJ), ano 9, n. 16, 2020.



Liberal (PFL), e apenas em 2018 o decreto foi declarado constitucional<sup>333</sup>, quando o partido questionador chamava-se Democratas, cujo DNA vem do PFL e, antes, do Partido Democrata Social (PDS), da ARENA (Aliança Renovadora Nacional, durante a ditadura civil-militar) e da UDN (União Democrática Nacional).

A apropriação da expressão “democrática” consta da genealogia de notórios partidários da manutenção de políticas elitizadas contrárias às manifestações e organizações populares, tais quais as que dispõem sobre autonomia de territórios de quilombos e de indígenas, ou sobre independência e fortalecimento de sindicatos. Similar contradição semântica foi identificada por Florestan Fernandes, em 1959, quanto à denominação *republicanos* daqueles que negaram regulamentar as condições de vida dos trabalhadores que haviam sido escravizados. A ausência de normas garantidoras de condições de vida digna aos trabalhadores antes escravizados e de seus descendentes nas cidades e no campo e a demora na regulamentação de territórios de quilombos e de territórios indígenas são duas variáveis da mesma opção política, pautada em manter a maioria da população distante da sociedade de direitos, e, portanto, da possibilidade de participação política efetiva e de acesso a orçamentos e serviços públicos. Essa explícita oposição à democracia com evidente prejuízo às populações não brancas, atravessou um século XX conflituoso e cheio de contradições. Florestan Fernandes aponta o equívoco de análises teóricas que sustentavam haver uma democracia racial no Brasil. A isso que chamou de mito, rebate com argumento que não ter perde a atualidade:

A democracia só será realidade quando houver, de fato, igualdade racial no Brasil e o negro não sofrer nenhuma espécie de discriminação, de preconceito, de estigmatização e de segregação, seja em termos de classe, seja em termos de raça<sup>334</sup>.

Walter Benjamin<sup>335</sup> nos ensina que compreender historicamente o passado não significa conhecê-lo como ele de fato foi, mas apropriá-lo como uma reminiscência, tal como ela se manifesta no presente enquanto estado de perigo. Assim, para Benjamin, o perigo do presente reside justamente na permanência histórica das relações de

---

<sup>333</sup>TORRES, Paulo Rosa. **Comunidades remanescentes de quilombos: da escravatura à disputa contemporânea por seus territórios tradicionais**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social da Universidade Católica do Salvador. Salvador: UCSal, 2020.

<sup>334</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>335</sup>BENJAMIM, Walter. **As Teses sobre o Conceito de História**. In: Obras Escolhidas, Vol. 1, p. 222-232. São Paulo, Brasiliense, 1985.

dominação e exploração, aprofundadas pelo capitalismo em seu momento de crise estrutural. Identificar esse *continnume* fomentar alternativas emancipatórias também é um desafio permanente das classes trabalhadoras.

Parece-nos que é nesta lógica de subversão do tempo, articulando continuidades e rupturas que o direito do trabalho de exceção tem se desenvolvido no Brasil. Os oito casos descritos são reveladores de como as dinâmicas de exploração, silenciamento e exclusão fundadas no escravismo colonial repercutiram nas relações, normas e instituições do trabalho durante o século XX, configurando uma zona permanente de exceção trabalhista, particularmente para a força de trabalho negra. Os dilemas histórico-estruturais da exploração da força de trabalho no Brasil foram radicalizados no contexto de hegemonia do neoliberalismo ao tornar possível a ampla formalização de práticas extracontratuais ilegais e socialmente ilegítimas, especialmente em tempos de crise econômica<sup>336</sup>.

A predominância das políticas neoliberais, embora claramente presentes no Brasil ao menos desde o Governo Collor, tiveram impacto relativamente limitado sobre as políticas sociais nos anos 1990 e 2000. A adoção da Constituição Federal de 1988 (CFRB) foi um contrapeso importante às investidas predatórias do neoliberalismo, limitando a execução plena desta agenda econômica. Por isso, o direito do trabalho de exceção se aprofunda como uma contrarreforma permanente ao padrão de regulação estabelecido com a CFRB, promovendo avanços e recuos na supressão/limitação de direitos a partir da correlação de forças dos sujeitos coletivos trabalhistas.

Apesar da existência de um mercado de trabalho estruturalmente flexível nos aspectos centrais da relação de emprego, a defesa de uma “reforma trabalhista” já aparece como reivindicação das elites econômicas na década de 1990, tendo como horizonte o fortalecimento da regulação privada, ampliando o poder patronal em determinar as condições de uso e remuneração do trabalho<sup>337</sup>. A lógica regulatória implementada nos anos 1990 constitui-se como um contraprojeto aos pactos sociais e trabalhistas elaborados na década anterior, como resultado da ação do novo sindicalismo. A ampliação do trabalho temporário e a implementação do banco de horas foram algumas dessas mudanças.

---

<sup>336</sup>ESTRELA, Felipe. O STF e a relativização dos direitos dos trabalhadores: o caso da MP 927/2020. **Conjur**. 11 abr 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/estrela-stf-relativizacao-direitos-trabalhadores>. Acesso em: 4 dez. 2020, 13h45 min.

<sup>337</sup>KREIN, José Dari. **Debates contemporâneos: economia social e do trabalho, 8: as relações de trabalho na era do neoliberalismo no Brasil**. São Paulo: LTr, 2013.

Já nos anos 2000, particularmente durante a gestão de Luís Inácio Lula da Silva (PT), acompanhamos a incorporação de parte significativa do movimento sindical na agenda de governo, além da política de valorização do salário mínimo, de retomada do crescimento via capital produtivo, expansão do emprego com CTPS e avanço da qualificação da mão de obra (técnica e superior). Ciclo que durou até as manifestações de junho de 2013, quando as repercussões tardias da crise internacional vivida em 2008 parecem ter criado as condições objetivas e subjetivas para o avanço do neoliberalismo no país.

Num contexto de instabilidade política, crise econômica, recessão, avanço do desemprego e endividamento público/familiar, o impeachment de Dilma Rousseff (PT) consolidado em 2016 e a condução Michel Temer (PMDB) para o cargo de presidente da República (2017-2019) parecem conformar a inflexão do projeto político neoliberal. A aprovação da Lei 13.467, em novembro de 2017, que instituiu a chamada reforma trabalhista, incorreu em profundas mudanças no sistema de proteção social do trabalho, a maior desde a edição da CLT em 1943. A prevalência do negociado sobre o legislado, a previsão do trabalho intermitente, as alterações no controle e cômputo de jornada, além da universalização da terceirização foram das transformações mais significativas<sup>338</sup>.

São amplas as evidências de que as reformas trabalhistas contribuíram para a deterioração das condições de trabalho, reduzindo as oportunidades de se encontrar um emprego seguro, duradouro, decente e bem remunerado. A reforma trabalhista instituída pela Lei 13.467/2017 teve dois eixos básicos, que foram a redução dos custos patronais com o fator de produção força de trabalho e a ampliação dos poderes patronais na gestão da mão de obra e do contrato. Passados três anos desde a sua aprovação, os indicadores revelam que as promessas de geração de emprego e dinamismo da economia não prosperam<sup>339</sup>.

A eleição de Jair Bolsonaro (sem partido) para a chefia do Poder Executivo Federal (2019-2022) representa a radicalização de um projeto reprimido pela promulgação da Carta Cidadã de 1988. A liberação das forças mercadológicas

---

<sup>338</sup>KREIN, José Dari; GIMENEZ, Dennis Maracci; DOS SANTOS, Anselmo Luis (orgs). **Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2018.

<sup>339</sup>FILGUEIRAS, Vitor Araújo. As promessas da reforma trabalhista: combate ao desemprego e redução da informalidade. In: KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Vêras; FILGUEIRAS, Vitor Araújo (Orgs.). **Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidade**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2019, pp. 13-52.

financeiras tem forçado um processo de desconstituição (PAIXÃO, 2020) dos paradigmas protetivos do Estado social, com sérias repercussões no âmbito das violações de direitos humanos, dos direitos de participação popular, de representação democrática, além da extinção e esvaziamento de políticas públicas e serviços essenciais direcionados aos setores mais vulneráveis da população brasileira. A extinção do Ministério do Trabalho pela MP 870, a reforma da previdência, instituída pela EC 103/2019, a Medida Provisória da Liberdade Econômica (nº 881) convertida na Lei 13.874/2019, o Contrato Verde e Amarelo, da MP 905/2019 são alguns exemplos.

Quando o Decreto Legislativo 6/2020, que declarou estado de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 foi publicado, já estava em curso no Brasil uma agenda de excepcionalidades trabalhistas, políticas de exceção no campo da regulação pública do trabalho, envolvendo, de forma sincrônica, Executivo, Legislativo, Judiciário, entidades de classe, meios de comunicação, intelectuais e lobistas. O arrefecimento da crise econômica, da crise política e agora de saúde pública tem criado as condições para a relativização estrutural dos fundamentos protetivos do Direito do Trabalho.

Estes casos exemplificativos alinhavam um traço predominante na cultura jurídica ao longo da história da exploração do trabalhador no país, que, em contexto de neoliberalismo, transmuta-se como direito do trabalho de exceção em pleno século XXI, com o agravante do oportunismo capitalista em torno da pandemia do novo Coronavírus.

#### **4 NOSSO TEMPO É AGORA: PANDEMIA, RACISMO E DIREITO DO TRABALHO DE EXCEÇÃO**

Na dimensão do tempo presente, as questões se repetem. Na contramão de quase todos os países até então afetados pela pandemia global da Covid-19, o Governo Federal brasileiro tem assumido um papel temerário de gestor da morte das populações pobres e periféricas, compostas majoritariamente de negros, ao colocar em rota de colisão as medidas de resguardo das atividades econômicas com as ações sanitárias indispensáveis à contenção pandêmica. Ao relativizar a importância da quarentena e do isolamento social, em contraposição ao que dispõe a Organização Mundial de Saúde (OMS), sob o argumento que o país entrará em colapso econômico, o presidente Jair Bolsonaro (sem partido), o ministro da economia Paulo Guedes e as forças militares que

integram seu governo posicionam-se como arautos de uma economia necropolítica em termos estritos.

A noção de necropolítica<sup>340</sup> tem como objetivo dar conta das depreciações da globalização neoliberal e das formas de violência que lhes são correlatas, incluindo a privatização da esfera pública, o fortalecimento do estado autoritário, da sua reestruturação econômica e política pelo capital global. A necropolítica é uma categoria que permite problematizar a fundamentação da política contemporânea desde os modos em que se há entrelaçado, por um lado, violência e direito; e, por outro, exceção e soberania. As sociedades de origem colonial como o Brasil descrevem um lugar onde a “expressão última da soberania estatal reside amplamente no poder e na capacidade de decidir quem pode viver e quem deve morrer”<sup>341</sup>. Um poder difuso – não exclusivamente estatal – que alimenta a economia da morte e a política da inimizade na reprodução social de relações assimétricas entre negros e brancos, em escala local e global<sup>342</sup>.

De acordo com os dados do IBGE (2019), pretos e pardos constituem a maior parte da força de trabalho no país. Em 2018, esse contingente correspondeu a 57,7 milhões de pessoas, 25% a mais do que a participação da população declarada branca. Em relação à fração subutilizada, que inclui desocupados, os subocupados e a força de trabalho potencial, negros também são substancialmente representados, conformando 2/3 dos desocupados (64,2%) e dos subutilizados (66,1%). A taxa de subutilização da força de trabalho é maior entre pessoas negras, qualquer que seja a sua escolaridade.

As Medidas Provisórias 927<sup>343</sup> e 936<sup>344</sup> de 2020 configuram exemplos de como a estratégia do Governo Federal para enfrentar o agravamento da crise social e econômica

---

<sup>340</sup>MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. Revista Arte & Ensaios, revista do PPGAV/EBA/UFRJ, n. 32, dezembro 2016.

<sup>341</sup>MBEMBE, Achille. “A era do humanismo está terminando”. Entrevista: Instituto Humanitas. **Unisinos**. Publicada em 24 jan. 2017, p. 19. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/eventos/564255-achille-mbembe-a-era-do-humanismo-esta-terminando>. Acesso em: 4 dez. 2020, 14h45.

<sup>342</sup>MBEMBE, Achille. “A era do humanismo está terminando”. Entrevista: Instituto Humanitas. **Unisinos**. Publicada em 24 jan. 2017. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/eventos/564255-achille-mbembe-a-era-do-humanismo-esta-terminando>. Acesso em: 4 dez. 2020, 14h45.

<sup>343</sup> Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Vigência encerrada em 19 de julho de 2020, por meio do Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 92, publicado no DOU de 31 de julho de 2020.

<sup>344</sup> Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre as medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da

decorrente da pandemia da Covid-19 passa pela oneração desproporcional do conjunto das (os) trabalhadoras (es) brasileiros, particularmente negras e negros. Anunciada como forma de mitigar os danos à economia gerados pela adoção prolongada das medidas de isolamento social, a MP927/2020 buscou preservar os vínculos de emprego através da flexibilização de uma série de dispositivos regulamentados pela reforma trabalhista. Adotou a liberalização irrestrita do teletrabalho, a critério unilateral do empregador, flexibilizando a necessidade de anuência individual ou coletiva, bem como o registro prévio no contrato de trabalho. Contraditoriamente ao objetivo proposto, a MP 927/2020 não previu nenhuma restrição ao direito potestativo dos empregadores em romper os contratos de emprego, como bem aponta Dutra<sup>345</sup>. Para a Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas<sup>346</sup>, a medida provisória também não estabeleceu qualquer mecanismo de desoneração da folha de pagamento ou incentivo tributário, com exceção da suspensão do recolhimento do FGTS, comprometendo o equilíbrio financeiro e atuarial do fundo.

A saída desenhada propunha justamente o acirramento das condições precarizantes, reforçando o poder patronal na determinação exclusiva de aspectos relevantes do contrato de emprego, como a definição das férias coletivas sem interveniência sindical ou mesmo comunicação ao Ministério da Economia, bem como a fixação das férias individuais sem o pagamento imediato do adicional respectivo, bastando que fosse comunicada em 48 horas ao trabalhador. Avançando na captura do tempo social, a MP 927/2020 instaurou um regime draconiano de compensação de jornada por meio do banco de horas, firmado individualmente e com prazo de 18 meses para sua efetiva restituição. Em 19 de julho de 2020, a referida medida provisória perdeu a validade por não ter sido convertida em lei pelo Congresso Nacional, passando a regulamentar somente as situações estabelecidas em seu prazo de vigência.

Na mesma direção seguiu a regulamentação estabelecida pela MP 936/2020. A norma criou o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, com o

---

emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Convertida na Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020.

<sup>345</sup>DUTRA, Renata Queiroz. A Medida Provisória 927: frente ao precipício, um passo adiante. Disponível em: <https://esquerdaonline.com.br/2020/03/25/a-medida-provisoria-927-2020-frente-ao-precipicio-um-passo-adiante/>. Acesso em: 25 de mar. 2020.

<sup>346</sup>ANAMATRA. Anamatra se manifesta sobre o teor da MP 927/2020. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/29459-anamatra-se-manifesta-sobre-o-teor-da-mp-927-2020>. Acesso em: 25 de mar. 2020.

objetivo de permitir a redução da jornada e do salário, por até 90 dias, e a suspensão temporária do contrato de trabalho, por até 60 dias, usando como base de pagamento o valor do seguro-desemprego. Previu, ainda, a estabilidade provisória dos vínculos, durante e por período equivalente ao período da redução da jornada ou da suspensão contratual temporária<sup>347</sup>. Como eixo estruturante, tem-se a possibilidade de flexibilizar os contratos de emprego sem prévio diálogo com as entidades representativas dos trabalhadores, por ato volitivo unilateral do empregador. A negociação coletiva é indispensável somente para os contratos cujos salários estejam entre três salários mínimos e o dobro do teto do Regime Geral da Previdência Social, o que abrange apenas cerca de 10% dos trabalhadores brasileiros. Desde a edição da medida provisória, três decretos de prorrogação foram publicados pelo Governo Federal, confluindo com a conversão da Medida Provisória em Lei<sup>348</sup>.

Ao privilegiar os acordos individuais, a MP 936/2020 entra em conflito com o que dispõe a Convenção 98 da OIT, fragilizando o instituto da negociação coletiva enquanto direito fundamental (art. 7º, XXVI, CFRB). Ao estabelecer a antecipação de feriados para conter os riscos de contaminação, a MP 936/2020 avança na usurpação do tempo social pelo tempo econômico para lidar com questões de saúde pública. Ao excluir a participação do sujeito coletivo de trabalho, as alterações retiram dos empregados a condição efetiva de negociação de condições de vida com o empregador, numa sociedade marcada por profundas desigualdades socioeconômicas. A crise da participação sindical representa, em última instância, a crise da própria democracia, na medida em que são minadas as possibilidades de intervenção coletiva dos trabalhadores na defesa dos seus interesses políticos e econômicos<sup>349</sup>.

---

<sup>347</sup> Vale destacar que o empregador que descumprir essa garantia paga uma indenização, em caso de demissão sem justa causa, da seguinte forma: a) Redução de até 25%: sem indenização; b) Redução de 25% a 50%: indenização de 50% do que o funcionário teria direito no período de garantia de emprego; c) Redução de 50% a 70%: indenização de 75% do que o funcionário teria direito no período de garantia de emprego; d) Suspensão do contrato ou redução igual ou superior a 70% do salário: indenização de 100% do que o funcionário teria direito no período de garantia do emprego. As indenizações não se aplicam nos casos de pedido de demissão e rescisão por justa causa.

<sup>348</sup> O Decreto 10.422/2020, publicado em 14/07/2020, prorrogou os prazos para celebrar suspensão e redução da seguinte forma: a) redução da jornada e salário por mais 30 (trinta dias), totalizando 120 (cento e vinte dias); b) suspensão temporária do contrato por mais 60 (sessenta dias), totalizando 120 (cento e vinte) dias. Já o Decreto 10.070/2020, publicado em 24/08/2020, prorrogou os acordos de redução e suspensão por até 180 (cento e oitenta) dias. Por fim, o Decreto 10.517/2020, publicado no dia 14/10/2020, prorrogou os acordos de redução e suspensão por 60 (sessenta) dias, totalizando 240 (duzentos e quarenta) dias, não podendo ultrapassar a data de 31/12/2020.

<sup>349</sup> LOPES, João Gabriel. A reconstrução da sociedade do trabalho no enfrentamento do coronavírus. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/04/14/a-reconstrucao-da-sociedade-do-trabalho-no-enfrentamento-do-coronavirus/>. Acesso em: em 14 de abr. 2020.

A MP936/2020 foi convertida na Lei 14.020, publicada em 06 de julho de 2020, passando a regular os casos de redução ou suspensão contratual firmados a partir desta data. A nova lei inovou em relação à medida provisória ao permitir a aplicação das medidas de forma setorial, departamental, parcial ou total em relação ao quadro de empregados da empresa. Fixou, ainda, a competência do Poder Executivo Federal para dispor sobre a prorrogação dos prazos por meio de decreto e estabeleceu novos limites salariais<sup>350</sup> para aplicação dos seus dispositivos. Todavia, o cerne flexibilizante foi mantido. O caráter duradouro da pandemia tem servido de justificativa para a incorporação permanente de um regime de exceção trabalhista no ordenamento jurídico brasileiro.

O Poder Judiciário, capturado pela racionalidade neoliberal, tem atuado no sentido de atribuir legitimidade às medidas de exceção. Há algum tempo, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem assumido um papel de relativização das regras e princípios que caracterizam direito do trabalho<sup>351</sup>. Na sua história recente, a Corte Maior tem contribuído e até se antecipado ao Poder Legislativo no processo de flexibilização dos direitos trabalhistas, ao formalizar práticas extracontratuais ilegais e socialmente ilegítimas, especialmente em tempos de crise econômica<sup>352</sup>.

Os julgamentos em que houve a apreciação liminar da constitucionalidade das MPs 927 e 936/2020 são os exemplos mais recentes de um padrão hermenêutico restritivo quem vem sendo edificado no campo do direito do trabalho. Noções de bom senso, razoabilidade e proporcionalidade geralmente têm sido reivindicadas para legitimar medidas que acentuam as precariedades estruturais do mercado de trabalho brasileiro. Alteração do sistema de férias, ampliação do banco de horas, suspensão das normas de segurança, prevalência dos acordos individuais sobre os coletivos foram algumas das mudanças instituídas pelo poder executivo, justificadas como sacrifício necessário.

---

<sup>350</sup>A partir de 06/07/2020, é possível celebrar acordo individual de redução ou suspensão (50% ou 70%), com os empregados nas seguintes faixas salariais: a) Salário igual ou inferior a R\$ 2.090,00, na hipótese do empregador ter obtido, no ano de 2019, receita bruta superior a R\$ 4.800.000,00; b) Salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00, na hipótese do empregador ter obtido, no ano de 2019, receita bruta igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00; c) Salário igual ou superior a R\$ 12.202,12 e que possua diploma de nível superior (“empregados hipersuficientes”).

<sup>351</sup> Por todos, consultar: COUTINHO, 2018; SOUTO MAIOR, 2017.

<sup>352</sup>ESTRELA, Felipe. O STF e a relativização dos direitos dos trabalhadores: o caso da MP 927/2020. **Conjur.** 11 abr 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/estrela-stf-relativizacao-direitos-trabalhadores>. Acesso em: 4 dez. 2020, 13h45 min.



No caso da MP927/2020, a decisão do Ministro Marco Aurélio Mello entendeu pela compatibilidade constitucional do instrumento normativo, embora, muitos dos seus dispositivos afrontem a literalidade dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988. Ao apreciar a ADI 6.342, o Ministro decidiu manter a eficácia da medida, sob o fundamento de que a desburocratização é necessária diante do cenário de crise prolongada. A decisão foi além, ao afirmar que “em tempos de crise não se pode presumir ofensa à cidadania, à dignidade humana e ao Estado democrático de direito, por serem estes meros institutos abstratos”. O Ministro Gilmar Mendes<sup>353</sup>, em artigo recente, defendeu que a atuação da STF nesse contexto de crise demandaria uma abertura hermenêutica da jurisdição constitucional para sua adequação à realidade econômica e social experimentada, evocando Konrad Hesse para dizer que necessidade desconhece princípio. De fato, o período de pandemia da Covid-19 tem sido um laboratório para a conformação de uma jurisprudência de crise com efeitos duradouros para a uma regulação mercadológica das relações de trabalho no país.

Já na ADI 6.363, ao enfrentar a arguição de inconstitucionalidade da MP 936/2020, por violação ao direito fundamental de interveniência sindical na negociação coletiva, a Corte Maior firmou o entendimento de que momentos de crise justificam a relativização de preceitos constitucionais, reforçando a imagem de que a representação sindical seria um empecilho na construção de alternativas à crise do trabalho imposta pela pandemia. Ao excluir os sindicatos dos processos de negociação, a decisão do Supremo enfraquece o papel de um ator social coletivo relevante, permitindo que empresas, de forma arbitrária, determinem as condições de alocação, uso e dispensa da força de trabalho, sem atentar para as consequências de curto, médio e longo prazo sobre o mercado de trabalho e o sistema econômico como um todo.

Como destaca Lopes<sup>354</sup>, as medidas provisórias referendadas pelo STF retiram do empregado subordinado a única forma de tornar efetiva a negociação de condições de vida com o empregador, que é por meio de sua entidade de representação coletiva, no interior de uma economia marcada por interesses de classes antagônicas. Ao transferir as estratégias de enfrentamento para o sacrifício individual dos trabalhadores e suas famílias, as medidas alinham-se à tendência austera neoliberal de desresponsabilização

---

<sup>353</sup>MENDES, Gilmar. O supremo tribunal federal e a pandemia do covid-19. **Conjur**. 26 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-26/observatorio-constitucional-supremo-tribunal-federal-pandemia-covid>. Acesso em: 4 dez. 2020, 14h00.

<sup>354</sup> *Ibidem*.

tanto dos empregadores sobre os riscos inerentes às atividades econômicas, quanto do Estado em garantir efetividade aos direitos sociais fundamentais. Com impactos significativos nos setores mais vulneráveis do conjunto da força de trabalho nacional, a norma de exceção atende indiscriminadamente aos anseios de preservação econômica do setor patronal em detrimento das necessidades da classe trabalhadora brasileira.

Ao invés de garantir o direito ao afastamento remunerado ao conjunto dos empregados, as políticas adotadas impulsionam medidas de exceção trabalhistas para o enfrentamento da crise decorrente da Covid-19, expondo os trabalhadores à escolha apocalíptica entre o risco do desemprego e o risco de contágio pelo Coronavírus.

Ademais, a expansão da pandemia da Covid-19 no país tem servido de veículo para destilação do racismo estrutural brasileiro. Se a violência sempre foi uma tecnologia social de gestão das populações negras e periféricas, a serviço dos interesses das elites políticas e econômicas, o governo Jair Bolsonaro (sem partido) e sua base sociopolítica marcam a passagem do estado de exceção para o estado de sítio, informal, mas ativo, ao radicalizar a agenda neoliberal em níveis absurdos, com seus extermínios, interdições, formas de confinamento, seletividades e exclusões executadas com ares de normalidade institucional.

Essa racionalidade necrofílica encontra respaldo social na medida em que se assenta no histórico de exclusão racial, típico e formador da sociedade brasileira. Assim como poderiam morrer na travessia atlântica, de tanto trabalhar ou por simples ato de vontade dos senhores, as elites econômicas e políticas brancas vociferam que existem pessoas destinadas inexoravelmente à penúria, à morte social e ao desaparecimento. Reflexo de um ódio secular de raça e classe contra seu próprio povo, o Estado Brasileiro assume a dianteira na radicalização do neoliberalismo em sua fase terminal.

Não é demais lembrar que a primeira morte confirmada por Covid-19 no país foi justamente de uma empregada doméstica, de 63 anos, contaminada por sua patroa, moradora do bairro do Leblon, na cidade do Rio de Janeiro. Recém chegada da Itália, a patroa não teve o cuidado em garantir a salubridade mínima para o exercício laboral e evitar a contaminação da sua empregada. As clivagens de raça, gênero, classe e geração evidenciam que mulheres negras idosas e periféricas, muitas vezes atuando como arrimo de família, precisam se submeter às condições degradantes de trabalho para fugir do desemprego, da insegurança alimentar, das privações decorrentes de uma sociedade profundamente desigual.

As graves repercussões do contágio massivo do Coronavírus têm preocupado as organizações de trabalhadores, os movimentos negros, entidades da sociedade civil e algumas instituições públicas, num cenário de completa distopia do Governo Federal na condução das medidas de contenção (sanitárias e econômicas), de atendimento à saúde e proteção da renda das populações vulneráveis pelo avanço da Covid-19. Num momento em que a conjuntura exige integração e agilidade dos poderes constituídos em âmbito federal, estadual e municipal, para fazer valer as disposições constitucionais relativas aos direitos sociais fundamentais (saúde, trabalho e renda), acompanhamos uma guerra federativa centrada na desinformação, na suplantação de competências e na disputa de possíveis ganhos políticos na gestão da pandemia.

Como afirma Safatle<sup>355</sup>, engana-se quem acredita que isto representa apenas a figura tradicional do necroestado brasileiro. Além de administrador da morte de parcelas significativas da sua população, o Estado assume o papel de ator contínuo de sua própria catástrofe, num movimento de autoimolação. Parece que a missão dos poderes estatais é decretar o fim do Estado de Direito como conhecemos, ao tempo que conduz o extermínio da maioria da população.

## 5 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

O controle do tempo talvez seja a face mais onipresente do poder no interior do capitalismo, particularmente em seu momento de hegemonia neoliberal financeira. A subversão do tempo como conhecemos é um dos imperativos constitutivos do direito do trabalho de exceção e a obra de António Casimiro Ferreira<sup>356</sup> nos auxilia na compreensão deste movimento. As políticas de austeridade adotadas amplamente como alternativa ao cenário prolongado de crise econômica têm marcado aceleradamente a reestruturação de relações, normas e instituições do trabalho, com impactos significativos no padrão de regulação social constituído ao longo da experiência fordista, durante o século XX.

No caso das sociedades de origem colonial e de capitalismo periférico, como o Brasil, o direito do trabalho de exceção remete genealogicamente às contradições estruturais desenvolvidas a partir das experiências do colonialismo e da escravidão

---

<sup>355</sup>SAFATLE, Vladimir. **Bem-vindo ao estado suicidário**. Disponível em: <http://n-1edicoes.org>. Acesso em: 26 de mar. 2020.

<sup>356</sup>Ibidem, 2012.

moderna, atualizadas de acordo com os imperativos de reprodução ampliada do capital em seus diversos momentos históricos. Se perfaz pela combinação de tempos distintos em sua dinâmica regulamentadora e desconstitutiva de estruturas de proteção: ao articular um tempo duradouro, a exemplo da zona permanente de exceção trabalhista imposta aos trabalhadores historicamente excluídos do pacto de proteção social, como trabalhadoras domésticas e trabalhadores rurais; e um tempo acelerado, típico da financeirização da economia e das tecnologias da informação e comunicação aplicadas aos processos produtivos.

Aprisionados num ultraliberalismo, adentramos as primeiras décadas do século XXI instados a responder às profundas desigualdades de classe, raça, gênero e geração que marcam o mercado de trabalho nacional e fazem questionar os limites do projeto de proteção social instituído no país. E o contexto de avanço da pandemia global da Covid-19 tem servido de laboratório para a aplicação de medidas de exceção trabalhista como única alternativa possível para o enfrentamento da crise social, econômica e política que assola o presente.

Num esgarçamento da sua ontologia protetiva social, o neoliberalismo coloca o direito do trabalho numa encruzilhada: adequar-se enquanto direito de exceção, promovendo uma ruptura paradigmática com seus pressupostos constitutivos ou radicalizar seus institutos protetivos para fazer frente ao contexto de reprodução de novas desigualdades no mercado de trabalho, especialmente com a extinção massiva de postos de emprego, informalidades de todo tipo e um padrão precário de emprego como novo-velho normal.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Wlamira. **Movimentos sociais abolicionistas**. In Schwarcz, L. e Gomes, F. Dicionário da escravidão e liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ALMADA, Sandra. **Abdias Nascimento**. São Paulo: Selo Negro, 2009.

ALVES, Raíssa Roussenq. **Entre o silêncio e a negação: trabalho escravo contemporâneo sob a ótica da população negra**. São Paulo: Ed. Letramento, 2019.

ANAMATRA. **Anamatra se manifesta sobre o teor da MP 927/2020**. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/29459-anamatra-se-manifesta-sobre-o-teor-da-mp-927-2020>. Acesso em: 25 de mar. 2020.

ANTUNES, Ricardo; FILGUEIRAS, Vitor. Plataformas Digitais, Uberização do Trabalho e Regulação no Capitalismo Contemporâneo. **Contracampo**, Niterói, v. 39, n.1, abr-jul/2020, pp. 27-43.

AZEVEDO, Elciene. **O direito dos escravos: lutas jurídicas e abolicionismo na província de São Paulo**. Campinas: Editora da Unicamp, 2010.

BARBOSA, Rui. **A Questão Social e Política no Brasil**. 1919. Kindle.

BENJAMIM, Walter. As Teses sobre o Conceito de História. In: **Obras Escolhidas**, Vol. 1, p. 222-232. São Paulo, Brasiliense, 1985.

BENJAMIM, Walter. **Imagens de pensamento – Sobre o haxixe e outras drogas**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

BERNARDINO-COSTA, Joaze. **Sindicatos das trabalhadoras domésticas no Brasil: teorias de descolonização e saberes subalternos**. Brasília, 2007. 274 f. Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

BERTULIO, Dora Lucia de Lima. **Direito e relações sociais – Uma Introdução crítica ao Racismo**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 1989.

BLYTH, Mark. **Austeridade: A história de uma ideia perigosa**. Trad. Freitas e Silva (E-book). Autonomia Literária, 2018. Não paginado.

BOITO JR, Armando. **Estado e burguesia no capitalismo neoliberal**. Revista de Sociologia Política: Curitiba, 28, p. 57-73, jun, 2007.

CASTRO, Araujo. **Accidentes do trabalho (Comentário prático da lei e do respectivo regulamento)**. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro & Maurílio, 1919.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Reforma trabalhista brasileira e o Supremo Tribunal Federal: as escolhas trágicas? In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas**. v. 21 n. 41, 2018.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. Tradução: Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DUTRA, Renata Queiroz. A Medida Provisória 927: frente ao precipício, um passo adiante. Disponível em: <https://esquerdaonline.com.br/2020/03/25/a-medida-provisoria-927-2020-frente-ao-precipicio-um-passo-adiante/>. Acesso em: 25 de mar. 2020.

DUTRA, Renata Queiroz. **Trabalho, regulação e cidadania: a dialética da regulação social do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018.

ESTRELA, Felipe. O STF e a relativização dos direitos dos trabalhadores: o caso da MP 927/2020. **Conjur**. 11 abr 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/estrela-stf-relativizacao-direitos-trabalhadores>. Acesso em: 4 dez. 2020, 13h45 min.

FERNANDES, Florestan. **Significado do protesto negro**. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida Económica, 2012.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. As promessas da reforma trabalhista: combate ao desemprego e redução da informalidade. In: KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Vêras; FILGUEIRAS, Vitor Araújo (Orgs.). **Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidade**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2019, pp. 13-52.

FANON, Frantz. **Os Condenados da Terra**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1979.

FREITAS, Carlos Eduardo Soares de. A repressão de Estado aos sindicatos e sindicalistas baianos na ditadura de 1964: os casos dos petroleiros e bancários. **Revista Continentes**.(UFRRJ), ano 9, n. 16, 2020.

GOHN, Maria da Glória. **História dos movimentos e lutas sociais: a construção da cidadania brasileira**. 2ª edição. São Paulo: Editora Loyola, 2001.

*HARDMAN, Francisco F.* *LEONARDI, Victor*. **História da indústria e do trabalho no Brasil: das origens aos anos vinte**. São Paulo: Global Ed., 1982.

IBGE. **Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil. Estudos e pesquisas**. Informação demográfica e socioeconômica, n. 41, 12 p. Rio de Janeiro: IBGE, 2019.

JAMES, C.L.R. **Os jacobinos negros: Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos**. São Paulo: Boitempo, 2010.

KLEIN, Naomi. **A doutrina de choque: a ascensão do capitalismo de desastre**. Tradução Vânia Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

KREIN, José Dari. **Debates contemporâneos: economia social e do trabalho, 8: as relações de trabalho na era do neoliberalismo no Brasil**. São Paulo: LTr, 2013.

KREIN, José Dari; GIMENEZ, Dennis Maracci; DOS SANTOS, Anselmo Luis (orgs.). **Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2018.

LARA, Matheus; Piovesana Matheus. Salles reforça fala em reunião ministerial sobre "passar a boiada". **Uol Notícias**. 23 mai. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/05/23/salles-reforca-fala-em-reuniao-ministerial-sobre-passar-a-boiada.htm>. Acesso em: 4 dez. 2020, 14h00.

LOPES, João Gabriel. A reconstrução da sociedade do trabalho no enfrentamento do coronavírus. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/04/14/a-reconstrucao->

da-sociedade-do-trabalho-no-enfrentamento-do-coronavirus/. Acesso em: em 14 de abr. 2020.

LUXEMBURGO, Rosa. **Greve de massas, partido e sindicatos**. Coimbra: Centelha, 1974.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. Revista Arte & Ensaios, revista do PPGAV/EBA/UFRJ, n. 32, dezembro 2016.

MBEMBE, Achille. “A era do humanismo está terminando”. Entrevista: Instituto Humanitas. **Unisinos**. Publicada em 24 jan. 2017. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/eventos/564255-achille-mbembe-a-era-do-humanismo-esta-terminando>. Acesso em: 4 dez. 2020, 14h45.

MENDES, Gilmar. O supremo tribunal federal e a pandemia do covid-19. **Conjur**. 26 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-26/observatorio-constitucional-supremo-tribunal-federal-pandemia-covid>. Acesso em: 4 dez. 2020, 14h00.

QUEIROZ, Marcos. **Constitucionalismo brasileiro e atlântico negro: a experiência constituinte de 1823 diante da revolução haitiana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

RIBEIRO, Marcus Tadeu Daniel. **A pesquisa e a universidade**. Revista Dissertar, v.1, n. 6 (3), 2004.

REIS, João José. **Ganhadores: a greve negra de 1857 na Bahia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SÁ, Gabriela Barretto. **A negação da liberdade: direito e escravização ilegal no Brasil oitocentista (1835-1874)**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2019.

SAFATLE, Vladimir. **Bem-vindo ao estado suicidário**. Disponível em: <http://n-ledicoes.org>. Acesso em: 26 de mar. 2020.

SILVA, Fernando Teixeira da. **Trabalhadores no Tribunal – Conflitos e Justiça do Trabalho em São Paulo no contexto do Golpe de 1964**. 2ª edição. São Paulo: Alameda, 2019.

SOTELO, Mario Ruiz. Hacia una visión decolonial de los derechos humanos. In: FAVERO, Celso Antônio; FREITAS, Carlos Eduardo Soares de; TORRES, Paulo Rosa. **Distopias e Utopias: entre escombros do nosso tempo**. Salvador, EDUFBA, 2020, p. 257-287.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O que é isso companheir@s?** In: Blog do Jorge Luiz Souto Maior. Publicado em 3/1/2017. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/o-que-e-isso-companheirs>. Acesso em: 4 dez. 2020, 13h00.

SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total**. Porto Alegre: Sulina, 2014.

TORRES, Paulo Rosa. **Comunidades remanescentes de quilombos: da escravatura à disputa contemporânea por seus territórios tradicionais**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social da Universidade Católica do Salvador. Salvador: UCSal, 2020.



# O SISTEMA BRITÂNICO DE JUDICIALIZAÇÃO TRABALHISTA: UMA ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO

## THE BRITISH SYSTEM OF LABOR JUDICIALIZATION: AN ANALYSIS OF COMPARATIVE LAW

Roberta Freitas Guerra<sup>357</sup>

**RESUMO:** O propósito do presente trabalho é examinar o Sistema britânico de Judicialização Trabalhista, um sistema que, apesar de imensamente diferente do brasileiro, apresenta elementos dignos de destaque em um estudo de Direito Processual Comparado. Daí a alusão à estrutura e ao funcionamento dos *Employment Tribunals* e do *Employment Appeal Tribunal*, órgãos judiciais trabalhistas existentes no âmbito das nações que compõem a Grã-Bretanha. Ao lado dos mencionados órgãos judiciais, também serão analisadas as formas alternativas de solução dos conflitos trabalhistas lá praticadas. Tudo para que, ao final, possamos refletir criticamente o Sistema brasileiro de Judicialização Trabalhista, que, desde a sua criação, tem passado por inúmeras modificações, muitas delas desacompanhadas de uma maior e mais profunda meditação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema de judicialização trabalhista; Grã-Bretanha; Direito comparado.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2 Da justiça do trabalho britânica. 2.1 Organização da Justiça do Trabalho britânica. 2.2 Composição dos órgãos jurisdicionais trabalhistas britânicos. 2.3 Competência em razão da matéria. 2.4 Competência em razão do lugar. 2.5 Dos prazos para reclamar perante os *Employment Tribunals*. 2.6 Dos custos ou despesas com o processo e das custas processuais. 2.7 Da tentativa de conciliação antecipada perante o ACAS e dos procedimentos para reclamação e resposta perante os *Employment Tribunals*. 2.8 Das espécies de audiências realizadas pelos *Employment Tribunals*. 2.9 Das provas. 2.10 Dos recursos das decisões dos *Employment Tribunals*. 3 Outras formas de solução dos conflitos trabalhistas<sup>358</sup>. 3.1 *Judicial mediation* ou *alternative dispute resolution* (ADR). 3.2 Transação extrajudicial perante o *Advisory, Conciliation and Arbitration Service* (ACAS). 4 Considerações finais. 5 Referências.

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to examine the British System of Labor Judicialization, a system that although immensely different from the Brazilian one, presents elements worthy of highlighting in a study of Comparative Procedural Law. Thus the allusion to the structure and functioning

---

Artigo recebido em: 01/12/2020

Artigo aprovado em: 08/02/2021

<sup>357</sup> Pós-Doutora em Sociologia do Direito pelo Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra, Portugal. Doutora e Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Líder e Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito, Política, Economia e Sociedade (GP DiPES). Professora Adjunta IV do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa (UFV).

<sup>358</sup> Todas as informações sobre o que chamamos de *outras formas de solução dos conflitos trabalhistas* foram por nós compiladas a partir dos *websites* do ACAS e os governamentais do Reino Unido (ACAS). **Dispute resolution.** Disponível em: <<http://www.acas.org.uk>>. Acesso em: 29 nov. 2020; REINO UNIDO. **Courts and tribunals.** Employment Tribunal. Disponível em: <<https://www.gov.uk/courts-tribunals/employment-tribunal>>. Acesso em: 29 nov. 2020; REINO UNIDO. **Employing people:** Dismissing staff and redundancies: Solve a workplace dispute. Disponível em: <[http://www.direct.gov.uk/en/Employment/ResolvingWorkplaceDisputes/DG\\_10027991](http://www.direct.gov.uk/en/Employment/ResolvingWorkplaceDisputes/DG_10027991)>. Acesso em: 29 nov. 2020).

of the *Employment Tribunals* and of the *Employment Appeal Tribunal*, existing legal labor institutions within the nations that encompass Great Britain. Besides the mentioned institutions we also analyze the alternative ways of solution to labor conflicts practiced in Great Britain. All this so that, in the end, we can reflect critically on the Brazilian System of Labor Litigation, that, since its creation, has undergone great many modifications, many of which unaccompanied by a higher and deeper meditation.

**Keywords:** Labor judicialization system; Great Britain; Comparative law.

## 1 INTRODUÇÃO

Como é possível notar do título do presente trabalho, o nosso propósito, aqui, será analisar o Sistema britânico de Judicialização Trabalhista. Para tanto, lançaremos mão da comparação enquanto método de estudo.

Ao longo da análise descritiva do que chamamos aqui de *Sistema britânico de Judicialização Trabalhista*, buscaremos, sempre que oportuno, traçar paralelos com o Sistema brasileiro de Judicialização Trabalhista<sup>359</sup>. Tudo na tentativa de promover algumas importantes reflexões sobre os rumos tomados pelo nosso Direito Processual do Trabalho, que, desde a sua criação, tem passado por inúmeras modificações, muitas das quais desacompanhadas de uma maior e mais profunda meditação.

De modo a alcançar o objetivo acima enunciado, a perspectiva comparada aqui realizada será feita a partir da premissa da *macrocomparação*, ou seja, não simplesmente confrontando regras e institutos jurídicos pertencentes aos ordenamentos britânico e brasileiro – como o é na chamada *microcomparação* –, mas analisando elementos determinantes para a compreensão das estruturas características das duas mencionadas ordens jurídicas como um todo<sup>360</sup>. Não é que desconsideramos a importância para a pesquisa jurídica da técnica de confrontação de institutos jurídicos tal como previstos nos ordenamentos nacional e alienígenas. No entanto, a *microcomparação* guarda especial pertinência quando o horizonte da pesquisa se volta ao aprofundamento de um dado instituto jurídico<sup>361</sup>, o que, conforme mencionamos não vem ao caso no referido trabalho.

Além disso, a despeito de sabermos que o ordenamento jurídico processual

---

<sup>359</sup> Paralelos estes que, conforme a relevância da informação neles contida, poderão vir dispostos tanto em notas de rodapé como no próprio corpo do texto do presente artigo.

<sup>360</sup> CICCO, Maria Cristina de. Prefácio da tradutora. In: CONSTANTINESCO, Leotin-Jean. **Tratado de direito comparado**: introdução ao direito comparado. Edição brasileira organizada por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, p. VII-X, 1998.

<sup>361</sup> MEIRELES, Edilton. Direito do trabalho comparado: seu estudo. **Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, v.15, n.173, p. 21-29, nov. 2003.

brasileiro guarda origens no Direito Europeu continental, em especial nos ordenamentos de Portugal, Espanha e Itália – razão pela qual, com grande frequência, o estudo comparado nas pesquisas jurídicas nacionais se volta a tais ordenamentos – optamos por nos afastar dessa tendência e proceder à análise de Direito Comparado em relação a um ordenamento jurídico pouco conhecido da maioria de nós. E o fazemos por acreditarmos que o Sistema britânico de Judicialização Trabalhista, apesar de imensamente diferente do brasileiro e com órgãos judiciais bastante peculiares, apresenta, conforme se verá, elementos dignos de destaque em um estudo de Direito Processual Comparado.

Antes de qualquer coisa, porém, é necessário que façamos alusão a uma distinção extremamente necessária à melhor delimitação do nosso objeto de estudo. É preciso que conceituemos, nessa toada, o que se entende por *Grã-Bretanha*, de um lado, e por *Reino Unido*, de outro, distinguindo-os quanto às nações que deles fazem parte. Afinal de contas, o sistema por nós analisado, repita-se, será o *britânico* e não tão somente o *inglês*, ou nem tanto o sistema do *Reino Unido* como um todo.

No que concerne, pois, ao Reino Unido (*United Kingdom*) ou, oficialmente, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (*United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*), este é um país soberano, fruto da união política de quatro nações constituintes: Inglaterra (*England*), País de Gales (*Wales*), Escócia (*Scotland*) e Irlanda do Norte (*Northern Ireland*)<sup>362 363</sup>.

Geograficamente falando, o Reino Unido se situa no oceano Atlântico, diante da costa noroeste do continente europeu. Ele inclui a ilha da Grã-Bretanha, onde se localizam Inglaterra, País de Gales e Escócia, e a parte nordeste da ilha da Irlanda, onde está a Irlanda do Norte. A única fronteira terrestre do Reino Unido é com a República

---

<sup>362</sup> Originalmente, quando de sua criação, por meio do chamado Ato de União de 1707, o Reino Unido da Grã-Bretanha, ou, simplesmente, Reino Unido, só abrangia o Reino da Inglaterra (que incluía o Principado de Gales) e o Reino da Escócia. Quase um século depois, o Reino da Irlanda, que estava sob controle inglês entre os anos de 1541 e 1691, se uniu ao Reino Unido por meio do Ato de União de 1800. Uma longa tensão na Irlanda levou à partição da ilha em 1920, seguindo-se à independência do Estado Livre Irlandês em 1922. Por conta disso, em 1927, passou-se a adotar o nome oficial de Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Mais tarde, em 1949, o Estado Livre da Irlanda passou a ser conhecido por República da Irlanda (WIKIPÉDIA. **Reino Unido**. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Reino\\_Unido](https://pt.wikipedia.org/wiki/Reino_Unido)>. Acesso em: 29 nov. 2020).

<sup>363</sup> Não fazem parte do Reino Unido as dependências da Coroa e os territórios britânicos ultramarinos. São 3 (três) as dependências, ou possessões, da Coroa: as Ilhas do Canal (com os dois Bailiados de Jersey e de Guernsey) e a Ilha de Man. Quanto aos territórios ultramarinos, estes são remanescentes do antigo Império Britânico e são em número de 14 (quatorze): Anguilla, Bermudas; o Território Antártico Britânico; o Território Britânico do Oceano Índico; as Ilhas Virgens Britânicas; Ilhas Cayman; Ilhas Falkland; Gibraltar; Montserrat; Santa Helena, Ascensão e Tristão da Cunha; Turks e Caicos; Ilhas Pitcairn, Ilhas Geórgia do Sul e Sandwich do Sul; e as Zonas de soberania sobre Chipre (WIKIPÉDIA. **Reino Unido**. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Reino\\_Unido](https://pt.wikipedia.org/wiki/Reino_Unido)>. Acesso em: 29 nov. 2020).

da Irlanda. Fora essa fronteira terrestre, o Reino Unido é banhado, ao norte, pelo Oceano Atlântico; a leste, pelo Mar do Norte; ao sul, pelo Canal da Mancha – que o separa do continente Europeu; e, a oeste, pelo Mar da Irlanda – que separa as ilhas da Grã-Bretanha e da Irlanda.

Politicamente, como visto, o Reino Unido constitui um Estado único<sup>364</sup>. No entanto, este não é o seu comportamento no que tange ao Sistema de Judicialização Trabalhista. Isto porque somente as nações integrantes da Grã-Bretanha (Inglaterra, País de Gales e Escócia) compartilham dos mesmos órgãos judiciais voltados à solução dos conflitos trabalhistas – em primeira instância, os *Employment Tribunals* e, em grau recursal, o *Employment Appeal Tribunal* –, com algumas especificidades no respeitante às regras procedimentais adotadas na Escócia<sup>365 366</sup>.

A par disso, na Irlanda do Norte – nação que, embora integrante do Reino Unido, não faz parte da Grã-Bretanha –, a resolução das controvérsias ligadas ao mundo do trabalho se dá por meio de órgãos jurisdicionais diversos, sujeitos a regras procedimentais também totalmente diferentes das seguidas pelos países britânicos<sup>367</sup>.

Feitas as devidas distinções, já que nos ateremos, conforme adiantamos, à análise do *Sistema britânico de Judicialização Trabalhista*, é possível inferir que o estudo a ser empreendido no presente artigo se limitará à estrutura, ao funcionamento e ao procedimento seguindo pelos *Employment Tribunals* e pelo *Employment Appeal*

---

<sup>364</sup> Trata-se, o Reino Unido, de uma monarquia constitucional hereditária, governada por um sistema de democracia parlamentar, cuja sede de governo se situa na capital Londres. Além disso, é ele um dos Estados com assento permanente no Conselho de Segurança da ONU, membro do G8, da OTAN e da OMC (WIKIPÉDIA. **Reino Unido**. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Reino\\_Unido](https://pt.wikipedia.org/wiki/Reino_Unido)>. Acesso em: 29 nov. 2020).

<sup>365</sup> REINO UNIDO. **Courts and tribunals**: Employment Tribunal. Disponível em: <<https://www.gov.uk/courts-tribunals/employment-tribunal>>. Acesso em: 29 nov. 2020; REINO UNIDO. **Crime, justice and the law**: Courts, sentencing and tribunals: Appeal to the Employment Appeal Tribunal. Disponível em: <<https://www.gov.uk/appeal-employment-appeal-tribunal>>. Acesso em: 29 nov. 2020.

<sup>366</sup> Talvez tais especificidades em relação à Escócia se devam à formação histórica do direito inglês, que surgiu e se desenvolveu limitado, em seu domínio de aplicação, apenas à Inglaterra e ao País de Gales, não abrangendo nem o Reino Unido, nem a Grã-Bretanha, já que também não englobava a Irlanda do Norte, por um lado, e a Escócia, por outro (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 1-24 e 279-355, p. 281).

<sup>367</sup> Diversamente dos *Employment Tribunals* e do *Employment Appeal Tribunal* da Grã-Bretanha (Inglaterra, País de Gales e Escócia), na Irlanda do Norte, os órgãos judiciais de primeira instância competentes para matérias ligadas ao emprego são os *Industrial Tribunals* concorrentemente aos *Fair Employment Tribunals*, com possibilidade de apelação de suas decisões para a *Court of Appeal* irlandesa (REINO UNIDO. **Courts and tribunals**: Employment Tribunal. Disponível em: <<https://www.gov.uk/courts-tribunals/employment-tribunal>>. Acesso em: 29 nov. 2020; REINO UNIDO. **Crime, justice and the law**: Courts, sentencing and tribunals: Appeal to the Employment Appeal Tribunal. Disponível em: <<https://www.gov.uk/appeal-employment-appeal-tribunal>>. Acesso em: 29 nov. 2020).

*Tribunal*, órgãos judiciais, respectivamente, de primeira e de segunda instâncias trabalhistas existentes no âmbito das nações que compõem a Grã-Bretanha, ou seja, Inglaterra, País de Gales e Escócia. Este será o objeto do tópico 2 do presente artigo.

Ao lado dos já mencionados órgãos judiciais, também faremos menção, mesmo que apenas brevemente, às formas alternativas de solução dos conflitos trabalhistas. Falaremos, neste ensejo, a respeito da *judicial mediation*, que, apesar de conduzida, como o próprio nome denota, por um juiz trabalhista, lá, é tida como uma forma alternativa de resolução dos conflitos. Também analisaremos os serviços de conciliação, mediação e arbitragem oferecidos por um órgão denominado *Advisory, Conciliation and Arbitration Service*, referido por meio da sigla ACAS. Análise esta realizada no tópico 3 deste escrito.

## 2 DA JUSTIÇA DO TRABALHO BRITÂNICA<sup>368</sup>

### 2.1 ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO BRITÂNICA

Em primeira instância, os órgãos jurisdicionais trabalhistas da Inglaterra, País de Gales e Escócia, com competência para conhecer de disputas entre empregadores e empregados, são os *Employment Tribunals*. Em segunda instância, temos o *Employment Appeal Tribunal*, responsável, principalmente, por rever as decisões proferidas por aqueles órgãos de primeiro grau, julgando os recursos (*appeals*) delas interpostas.

Já que, ao julgar os recursos, suas decisões funcionam como precedentes judiciais (*rule of precedent*), vinculando obrigatoriamente todos os julgamentos dos *Employment Tribunals*, o *Employment Appeal Tribunal* funciona como uma *Superior Court of Record*. Tal órgão atua também como uma espécie de instância extraordinária, já que o *appeal*, conforme veremos em momento oportuno, não se presta a reexaminar matéria de fato, versando apenas sobre questões de direito.

Ambos os órgãos são parte do *United Kingdom Tribunals System*, regulados e supervisionados pelo *Administrative Justice and Tribunals Council*, além de

---

<sup>368</sup> Todas as informações sobre o que chamamos de *Justiça do Trabalho britânica* foram por nós compiladas a partir de *websites* governamentais do Reino Unido (REINO UNIDO. **Courts and tribunals**: Employment Tribunal. Disponível em: <<https://www.gov.uk/courts-tribunals/employment-tribunal>>. Acesso em: 29 nov. 2020; REINO UNIDO. **Crime, justice and the law**: Courts, sentencing and tribunals: Appeal to the Employment Appeal Tribunal. Disponível em: <<https://www.gov.uk/appeal-employment-appeal-tribunal>>. Acesso em: 29 nov. 2020).

administrados pelo *Tribunals Service*, que, por sua vez, é vinculado ao Ministério da Justiça (*Ministry of Justice*).

É importante destacar que, embora estejam administrativamente ligados ao Poder Executivo, sendo, por este motivo, referidos como *non-departmental public bodies*, os órgãos jurisdicionais trabalhistas, assim como os membros julgadores que os integram, gozam de independência e imparcialidade, livres, portanto, de qualquer ingerência externa em suas decisões e julgamentos.

Especificamente no que concerne aos *Employment Tribunals*, estes foram criados em 1964, por meio do *Industrial Training Act 1964*, sob a denominação de *Industrial Tribunals*. Somente em 1998, em razão do *Employment Rights (Dispute Resolution) Act 1998*, é que se operou a noticiada mudança de denominação. Já quanto ao *Employment Appeal Tribunal*, este foi criado em 1975, por meio do *Employment Protection Act 1975*, tomando o lugar do antigo *National Industrial Relations Court*, extinto em 1974.

Por derradeiro, convém mencionar que os órgãos jurisdicionais trabalhistas da Grã-Bretanha são menos formais que certas cortes ordinárias do Reino Unido. Exemplo disso é o fato de se admitir o *jus postulandi* pelas próprias partes<sup>369</sup>, além de não se exigir, em suas audiências, o uso de vestimentas especiais como togas ou perucas, aparatos tidos como indispensáveis nos demais órgãos judiciários.

## 2.2 COMPOSIÇÃO DOS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS TRABALHISTAS BRITÂNICOS

Quanto à sua composição, necessário ressaltar que os órgãos jurisdicionais acima mencionados, sejam eles de primeira ou de segunda instância, sempre adotaram – e ainda adotam – o sistema paritário, à semelhança do anteriormente existente nos Juízos Trabalhistas brasileiros, desde a Constituição de 1934 até o advento da Emenda Constitucional n. 24/1999<sup>370</sup>.

---

<sup>369</sup> Vemos, neste ponto, uma semelhança entre os sistemas britânico e o brasileiro, eis que também na Jurisdição Trabalhista brasileira, além da menor formalidade do processo nela praticado, nos termos do art. 791 da CLT, prescindem as partes do acompanhamento por advogados para o patrocínio de suas demandas, podendo fazê-lo pessoal e diretamente, à exceção das situações indicadas pela Súmula 425 do TST, relativas à ação rescisória, ação cautelar, mandado de segurança e recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

<sup>370</sup> Como sabido, a Emenda Constitucional n. 24, de 9 de dezembro de 1999, pôs fim à chamada representação classista em todos os níveis da Justiça do Trabalho brasileira, restringindo o exercício da

Em linhas gerais, o sistema paritário britânico caracteriza-se pela existência de órgãos jurisdicionais especializados na solução de conflitos trabalhistas, em cuja composição figuram um juiz representando o Estado – os *Employment Judges* – e dois outros representantes das classes empresarial e trabalhadora – *lay members*. Enquanto os juízes legalmente habilitados são nomeados pelo *Lord Chief Justice*, na Inglaterra e País de Gales, e pelo *Lord President of the Court of Session*, na Escócia – que corresponderiam ao Ministro da Justiça no Brasil –, os juízes leigos o são pelo *Secretary of State for Employment* – correspondente, no Brasil, ao Ministro do Trabalho.

Para integrar os órgãos de primeira instância, os *Employment Judges* são escolhidos entre advogados (*barristers*) ou procuradores (*solicitors*) com, pelo menos, 7 (sete) anos de experiência forense. Já para compor o *Employment Appeal Tribunal*, eles são selecionados entre os juízes da *High Court* da Inglaterra e País de Gales, e da *Court of Session* da Escócia. Os *lay members*, por sua vez, são indicados, pelo lado dos empregados, pelo *Trade Unions Confederation*, e, pelo dos empregadores, por diversas entidades representativas como a *Confederation of British Industry*, a *Retail Consortium*, a *Local Authorities Conditions of Service Advisory Board* e o *Department of Health and Social Security*<sup>371</sup>.

### 2.3 COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA

O *Tribunals Service* mantém uma lista de matérias que fazem parte da competência dos *Employment Tribunals*, a chamada *jurisdiction list*, elaborada a partir das inúmeras *statutory rules*<sup>372</sup> a respeito da competência *ratione materiae* dos órgãos jurisdicionais trabalhistas de primeira instância.

Exemplificativamente, fazem parte da competência material dos *Employment Tribunals* os conflitos resultantes do descumprimento do contrato de emprego (*breach of contract*), nos moldes do que estatui o *Employment (Industrial) Tribunals Act 1996*. Além disso, segundo disposição do *Equality Act 2010*, também são processadas perante

---

magistratura trabalhista somente aos juízes ingressantes por meio de concurso público de provas e títulos.

<sup>371</sup> SILVA, José Ajuricaba da Costa e. A justiça do trabalho da Grã-Bretanha. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 62, p. 71-85, 1993, p. 73-75.

<sup>372</sup> As *statutory rules* são conjuntos de disposições normativas sobre determinados assuntos. No caso das *statutory rules* sobre as matérias de competência dos tribunais trabalhistas britânicos, podemos citar como exemplos, entre outros o *Employment (Industrial) Tribunals Act 1996*, o *Equality Act 2010*, *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992* e o *Employment Rights Act 1996*. Em certa medida, pelas suas características, elas se aproximam das leis do ordenamento jurídico brasileiro.

os referidos tribunais as reclamações originadas de discriminação em razão da idade. Outro exemplo são as causas correlatas à dispensa injusta (*unfair dismissal*), tendo em conta o que prescrevem o *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992* e o *Employment Rights Act 1996*.

## 2.4 COMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LUGAR

Atualmente, em toda a Grã-Bretanha, os *Employment Tribunals* encontram-se divididos em 34 (trinta e quatro) *Tribunals Offices*<sup>373</sup>, dos quais 5 (cinco) se localizam em território escocês e os outros 29 (vinte e nove) se distribuem entre a Inglaterra e o País de Gales<sup>374</sup>.

A fixação da competência territorial para o processamento das demandas e se dá a partir de 3 (três) critérios alternativos, à escolha do reclamante: a) o local de residência ou de exercício de atividades do reclamado, ou de um dos reclamados; b) o local de realização dos atos ou omissões questionados na demanda; ou c) o local de execução do contrato de trabalho<sup>375</sup>.

Talvez no intuito de promover uma maior proximidade dos cidadãos em relação aos órgãos judiciários que conhecerão de suas demandas, se algum desses critérios guardarem conexão territorial com a Inglaterra e o País de Gales, o reclamante poderá ingressar com sua reclamação perante qualquer *Tribunal Office* sediado nesta circunscrição, podendo ingressar, lado outro, em qualquer *Tribunal Office* da Escócia, caso a conexão se dê com o território escocês.

Ainda com relação às regras de distribuição de competência territorial, é necessário asseverar que o *Employment Appeal Tribunal* encontra-se estruturado em

---

<sup>373</sup> Os *Tribunals Offices* correspondem às nossas secretarias das Varas do Trabalho, sendo unidades que desempenham funções administrativas em apoio aos *Employment Tribunals*, visando o processamento dos casos, as notificações das partes e demais sujeitos dos processos, bem como a realização das audiências.

<sup>374</sup> Os *Employment Tribunals* localizam-se nas seguintes cidades: na Escócia, em *Glasgow, Abberden, Dundee, Edinburgh* e *Inverness*; na Inglaterra, em *London* (onde há 3 (três) *Tribunal Offices*), *Ashford, Bristol, Boston, Bury St Edmunds, Cambridge, Carlisle, Exeter, Kendal, Leeds, Leicester, Lincoln, Liverpool, Manchester*, Midlands (onde também há 3 (três) *Tribunal Offices*), *Newcastle, Norwich, Reading, Sheffield, Shrewsbury, Southampton, Teesside, Telford* e *Watford*; e no País de Gales, em *Cardiff*.

<sup>375</sup> Para fins de comparação, no Brasil, conforme estatuído pelo art. 651 da CLT, o critério de competência *ex ratione loci* é, em regra, o local da prestação de serviços. No entanto, segundo aponta Carlos Henrique Bezerra Leite, tem-se admitido que a propositura da ação se dê no foro do domicílio do empregado-reclamante sempre que a regra do local da prestação de serviços possa constituir fator impeditivo ou dificultador ao seu acesso à jurisdição (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 342-343).



dois *Tribunal Offices*: um deles localizado em Londres, competente para julgar as apelações interpostas de decisões de *Employment Tribunals* da Inglaterra e País de Gales, e outro em Edinburgh, a quem caberá o julgamento das apelações relativas aos *Employment Tribunals* da Escócia.

## **2.5 DOS PRAZOS PARA RECLAMAR PERANTE OS *EMPLOYMENT TRIBUNALS***

O prazo geral para se apresentar reclamações ao *Employment Tribunal* é, em regra, de 3 (três) meses. Nos casos de reclamações ligadas à dispensa do empregado, o mencionado prazo deve ser contado a partir da data de extinção do contrato de emprego e, nos casos de reclamações aduzidas na vigência do contrato, a contagem do referido prazo iniciar-se-á quando da ocorrência do ato que originou a demanda<sup>376</sup>.

Há também outros prazos especiais, a depender da natureza de algumas determinadas demandas, além de regras específicas sobre a fixação da prescrição trabalhista. Um exemplo de prazo especial se dá no caso dos pleitos de equiparação salarial, em que a reclamação deve ser apresentada dentro de, no máximo, 6 (seis) meses. E, como exemplo de regra específica, podemos citar os casos de dispensa injusta do empregado, que, para reclamar por este motivo perante o *Employment Tribunal*, deve, em regra, ter trabalhado para o empregador por, pelo menos, um ano, ininterruptamente.

Excepcionalmente, em alguns casos específicos de dispensa injusta, a reclamação poderá ser apresentada mesmo que o empregado tenha trabalhado por menos de um ano para o empregador. É o caso, por exemplo, da dispensa injusta motivada pelo fato de ter o empregado se associado ou ter escolhido não se associar a um sindicato, ter se envolvido em atividades promotoras de saúde e segurança no trabalho ou ter se recusado a trabalhar em situações de risco à sua saúde, ter se tornado ou cogitado se tornar representante dos empregados na empresa, ter se recusado a

---

<sup>376</sup> Perceba-se, neste ponto, uma gritante disparidade entre os Sistemas britânico e brasileiro, eis que, aqui, os prazos prescricionais serão de 2 (dois) após o término do contrato de trabalho e de 5 (cinco) anos a partir da ocorrência da ação ou omissão que motivou a demanda judicial, nos moldes do que estatui a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso XXIX. Por conta disso, somos propensos a considerar que a exiguidade dos prazos prescricionais britânicos talvez combine mais com a característica alimentar da imensa maioria das verbas trabalhistas requeridas nas reclamações perante a Justiça do Trabalho.

trabalhar aos domingos, ou ter sido dispensado por motivo de gravidez<sup>377</sup>.

Nestes casos específicos de dispensa injusta, o empregado ainda terá direito a requerer do *Employment Tribunal* uma medida judicial excepcional, chamada *interim relief*, por meio da qual a dispensa injusta será convertida em suspensão do contrato, o que possibilitará a manutenção do pagamento dos salários por parte do empregador até a realização da audiência perante o tribunal. Só que, aí, o prazo prescricional para pleitear a mencionada medida será ainda menor, a dizer, de exíguos 7 (sete) dias, contatos da ocorrência da dispensa.

## **2.6 DOS CUSTOS OU DESPESAS COM O PROCESSO E DAS CUSTAS PROCESSUAIS**

Em regra, cada uma das partes deve arcar com seus próprios custos para a condução do processo, incluídas aí as despesas com transporte e/ou hospedagem próprios e de testemunhas em razão do comparecimento à audiência, pagamento de peritos ou de intérpretes, entre outros.

Note-se que não estamos falando, aqui, de custas processuais. Diferente dos custos com o processo, as custas processuais, tanto no Brasil como na Grã-Bretanha, são taxas (*fees*) devidas em razão da prestação do serviço jurisdicional. Só que, diferente do que ocorre com o Sistema brasileiro de Judicialização Trabalhista, no britânico, as custas processuais são sempre devidas pelo reclamante, seja em primeira instância, no momento em que aduz sua reclamação, ou em nível recursal, quando propõe sua apelação<sup>378</sup>.

## **2.7 DA TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO ANTECIPADA PERANTE O ACAS E DOS PROCEDIMENTOS PARA RECLAMAÇÃO E RESPOSTA PERANTE OS EMPLOYMENT TRIBUNALS**

---

<sup>377</sup> O rol completo e taxativo de tais situações motivadoras da dispensa injusta está previsto em diversas *statutory rules*, tais como o *Employment Rights Act 1996*, o *Employment Relations Act 1999* e o *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992*.

<sup>378</sup> Como se sabe, no sistema brasileiro, nem sempre é o reclamante quem responde pelas custas do processo do trabalho, sendo também diverso o momento de seu pagamento. Segundo o que dispõe a CLT, em seus arts. 789 e 789-A, as custas são pagas sempre ao final e são devidas: a) por ambas as partes, havendo acordo; b) pelo reclamado, em caso de procedência ou procedência em parte; c) pelo reclamante, no arquivamento; d) na desistência ou abandono da causa, pela parte que desistiu ou abandonou; e, finalmente, e) na execução, pelo executado.

Antes de apresentar reclamação perante um *Employment Tribunal*, os empregados são fortemente estimulados a resolver suas disputas no próprio local de trabalho, informalmente perante o seu empregador, ou mesmo mediante o auxílio de um órgão independente chamado *Advisory, Conciliation and Arbitration Service* (ACAS)<sup>379</sup>. Aliás, passar por uma tentativa de conciliação antecipada perante o ACAS, referida como *early conciliation*, além de suspender a fluência do prazo prescricional para aduzir demandas perante o *Employment Tribunal*, é um dos requisitos existentes para a aceitação de eventual e futura reclamação. Tanto é assim que, no caso de não lograr êxito a conciliação antecipada, o certificado fornecido pelo ACAS ao reclamante, que atesta a impossibilidade de transação extrajudicial pelas partes, é um dos documentos tidos como obrigatórios para a instrução da referida reclamação<sup>380</sup>.

Além deste requisito, são condições para a aceitação da reclamação o atendimento da forma prescrita para tal, a comprovação do pagamento das custas processuais pelo reclamante e o fornecimento de informações mínimas como o nome e endereço do reclamante ou grupo de reclamantes e o nome e endereço do reclamado ou grupo de reclamados.

Com relação à forma a ser observada para a feitura da reclamação, para que esta seja aceita, basta que o reclamante preencha adequadamente um formulário (*claim form*) aprovado pelos *Employment Tribunals* e disponibilizado em seu *website*. Poderá o reclamante remetê-lo ao tribunal por via postal ou por peticionamento eletrônico.

Aduzida a reclamação, caberá ao *Tribunal Office* a verificação quanto à sua aceitação ou não. Caso não aceita, seja porque o reclamante não observou a forma devida, ou porque não apresentou todas as informações que se faziam necessárias para o deslinde do caso, ou, mesmo, porque a reclamação não se fez acompanhar do comprovante de pagamento das custas processuais, o tribunal devolverá a reclamação ao reclamante, enviando-lhe, ao mesmo tempo, correspondência informando as razões da

---

<sup>379</sup> O ACAS é um órgão que oferece serviços especializados, independentes e gratuitos de conciliação, mediação e arbitragem, na tentativa de resolver extrajudicialmente os conflitos, individuais ou coletivos, relacionados ao emprego. Sobre o ACAS e seus serviços, remetemos o leitor ao item 3 do presente trabalho, acerca das outras formas de solução dos conflitos trabalhistas.

<sup>380</sup> Esta é outra diferença digna de nota entre os sistemas de judicialização britânico e brasileiro. Embora a conciliação antecipada conduzida pelo ACAS se aproxime da conciliação buscada perante as Comissões de Conciliação Prévia (CCPs) brasileiras, o que afasta os dois institutos é o fato de que, aqui, conforme nos lembra Mauro Schiavi, a passagem do conflito trabalhista pela CCP é apenas facultativa, podendo o reclamante, caso assim prefira, procurar diretamente a Justiça do Trabalho. Este também é o entendimento atualmente esposado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade (SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 12. ed. de acordo com o Novo CPC. São Paulo: LTr, 2017, p. 52-53).

não aceitação e indicando as providências a serem pelo mesmo tomadas no sentido de corrigi-la para nova propositura.

Aceita, no entanto, a reclamação, o tribunal intimará o reclamado por via postal, encaminhando-lhe cópia da reclamação e respectivos documentos, bem como instruções para que este apresente sua resposta. Em tradução livre, tal correspondência enviada ao reclamado leva o nome de pacote de resposta (*response pack*).

A partir do envio do *response pack*, o reclamado disporá de 28 dias para apresentar sua defesa. Assim como acontece com a reclamação, a aceitação da resposta está sujeita ao requisito da forma, devendo o reclamado preencher adequadamente o formulário (*response form*) aprovado pelos *Employment Tribunals*. Como o referido formulário também consta do *response pack*, pode o reclamado, após preenchê-lo, enviá-lo pelo correio de volta ou preenchê-lo eletronicamente, por meio do *website* do tribunal. Seja qual for a via escolhida para responder, é de inteira responsabilidade do reclamado a observância do prazo aqui aludido.

Ainda a respeito do prazo para a resposta, em situações excepcionais, a serem verificadas caso a caso, os *Employment Tribunals* podem prorrogá-lo, desde que o reclamado o solicite fundamentadamente e por escrito. Solicitada a prorrogação, o tribunal julgará o pedido, informando ao reclamado sobre o teor da decisão.

Além da forma e do prazo, a aceitação da resposta também está condicionada a um mínimo de informações a serem fornecidas pelo reclamado. Enquadram-se como informações mínimas, entre outras, o nome e endereço completos do reclamado ou grupo de reclamados, bem como se sua resistência diz respeito à totalidade ou apenas a parte da demanda contra si aduzida.

Caso o reclamado apresente sua resposta na forma correta, mas fora do prazo de 28 dias, ou, mesmo dentro do prazo, fazendo-o, porém, sem a observância da forma ou sem fornecer as informações minimamente requeridas, sua resposta não será aceita e o *Employment Judge* poderá decidir a causa com base, tão-somente, nas alegações constantes na reclamação, sem a realização sequer de audiência, numa espécie de julgamento antecipado da lide. É claro que, caso o reclamado resolva impugnar a decisão que rejeitou sua resposta poderá fazê-lo por escrito e dirigido ao *Employment Tribunal*, no prazo de 14 (quatorze) dias, contados do envio da notificação da rejeição, cabendo ao *Employment Judge* retratar-se ou não de sua decisão anterior.

Aceita a resposta, o *Tribunal Officer* encaminhará cópias da reclamação e da resposta ao ACAS, que, novamente, mesmo tendo sido infrutífera a *early conciliation*,

designará outro conciliador para que entre em contato com as partes e busque auxiliar na solução do litígio sem que seja necessária a realização de qualquer audiência perante o tribunal.

Não sendo o caso de conciliação extrajudicial, o *Employment Judge* verificará qual a melhor maneira de lidar com o caso, assim como, qual ou quais os tipos de audiência será necessário designar.

## **2.8 DAS ESPÉCIES DE AUDIÊNCIA REALIZADAS PELOS *EMPLOYMENT TRIBUNALS***

As *rules of procedure*<sup>381</sup> dos *Employment Tribunals* prevêm 2 (dois) possíveis tipos de audiências: a *preliminary hearing* e a *final hearing*.

Na *preliminary hearing* costumam tomar lugar as chamadas *case management orders*, espécies de decisões interlocutórias saneadoras do processo. Nesta audiência, em regra, o tribunal se comporta como um órgão judicial monocrático, já que o *Employment Judge* toma assento sozinho, sem a presença, portanto, dos dois juízes leigos que também compõem o *Employment Tribunal*. Normalmente, sua realização não é pública e pode se dar por diferentes meios: pela presença das partes e do juiz, pela simples troca de correspondências entre as partes e o tribunal, ou mesmo por telefone e/ou videoconferência.

Nesta audiência, o *Employment Judge* pode determinar, *ex officio* ou a requerimento das partes, que novos e adicionais esclarecimentos e/ou documentos sejam por elas fornecidos para o deslinde de alguma questão substantiva e preliminar específica ligada à causa, podendo, quando necessário, interrogá-las ou a quaisquer testemunhas por elas referidas, a fim de obtenção de provas<sup>382</sup>. Também é nesta oportunidade que, havendo a necessidade de uma nova audiência no curso do processo, o *Employment Judge* definirá a data, horário e duração da *final hearing*.

A *final hearing* é a audiência propriamente dita, na qual são colhidas as evidências fornecidas pelas testemunhas e outras provas documentais que delinearão a

---

<sup>381</sup> As *rules of procedure* se assemelham às regras procedimentais constantes dos corpos legislativos processuais brasileiros, à diferença que, na Grã-Bretanha, são erigidas separadamente, por cada órgão jurisdicional.

<sup>382</sup> Neste aspecto, as *case management orders* e as *preliminary hearings* lembram muito, guardadas as devidas proporções, o poder de ofício exercido pelos juízes trabalhistas brasileiros para a determinação de qualquer diligência necessária ao esclarecimento das causas, segundo previsão constante do art. 765 da CLT.

decisão judicial a respeito do caso. Ao contrário do que ocorre com a *preliminary hearing*, ela é uma audiência pública, sendo conduzida pelos três juízes que compõem o *Employment Tribunal*: o *Employment Judge*, legalmente habilitado, e os dois outros juízes leigos, com experiência em lidar com problemas relacionados ao emprego, um pelo ponto de vista dos empregadores e o outro, pelo dos empregados.

Pelas *rules of procedure*, as partes deverão ser notificadas com a antecedência mínima de 14 dias da realização da audiência. Quando da notificação, no intuito de auxiliar as partes nos preparativos para a audiência, o tribunal ainda providenciará seja-lhes enviado um guia explicativo dos atos a serem realizados.

Normalmente, a audiência se inicia com as declarações do reclamante, que, se quiser, poderá apenas lê-las a partir de um escrito adrede preparado<sup>383</sup>. A seguir, serão ouvidas as suas testemunhas. Anteriormente, porém, tanto o reclamante como suas testemunhas serão compromissadas, podendo ser condenados por perjúrio caso faltem com a verdade em suas afirmações.

Após a colheita do depoimento do reclamante e da oitiva de suas testemunhas, será dada oportunidade ao reclamado para que os questione sobre os fatos que entender relevantes ao julgamento do caso. A isto se dá o nome de *cross-examination*. Posteriormente, o reclamante e suas testemunhas ainda poderão prestar esclarecimentos adicionais a respeito dos questionamentos que a outra parte lhes houver direcionado. A isto se denomina *re-examination*. Por último, os juízes poderão fazer perguntas ao reclamante e suas testemunhas.

O mesmo procedimento será adotado para a colheita do depoimento do reclamado e oitiva de suas testemunhas<sup>384</sup>.

Apresentadas todas as evidências, o *Employment Judge* julgará a causa e anunciará oralmente suas respectivas razões, fundamentando sua decisão. Se não for possível ao julgador proferir sua decisão quando da audiência e o julgamento se der em momento posterior, cópia da mesma será enviada às partes, o mais rápido possível, por

---

<sup>383</sup> A possibilidade de ler suas declarações, a partir de um escrito previamente preparado, só é concedida aos reclamantes que demandam perante os *Employment Tribunals* da Inglaterra e País de Gales. Isto porque não há, na Escócia, previsão legal semelhante a esta.

<sup>384</sup> Nos casos de dispensa injusta, é o reclamado quem inicia a audiência prestando seu depoimento, seguindo-se da oitiva de suas testemunhas. Já nos casos de discriminação no emprego, quem depõe e tem suas testemunhas ouvidas em primeiro lugar é o reclamante. Na verdade, não há uma regra absoluta a respeito de qual parte deverá iniciar a audiência prestando depoimento. Isto será objeto de discussão com as partes antes do início da audiência. Algo bem diverso do que ocorre no Brasil, em que a ordem de realização dos atos processuais em audiência seguirá especificamente o que determina a CLT, em especial, no caso do procedimento comum ordinário, por seus arts. 813 a 830 e 843 a 852.

correspondência postal. No caso de posterior envio da decisão judicial, as razões do convencimento do julgador só serão também enviadas se as partes o tiverem solicitado em audiência, ou se o fizerem por meio de requerimento por escrito neste sentido, apresentado dentro de 14 dias contados da data de envio da decisão.

## **2.9 DAS PROVAS**

Como dissemos acima, é na *final hearing* que se realizará a instrução probatória. Para tanto, são admitidos como meios de prova o depoimento de testemunhas ou quaisquer outros documentos que, carreados ao processo, contenham registros de fatos relevantes à formação do convencimento dos julgadores.

Com relação às testemunhas, tanto reclamante como reclamado podem chamá-las a depor a respeito dos fatos que deram origem ao litígio, cabendo a eles se assegurarem do seu comparecimento à audiência em que serão ouvidas. Não há, nas *rules of procedure*, previsão acerca do número máximo de testemunhas indicadas por cada parte, embora tal número deva ser previamente informado ao tribunal. Outro aspecto da prova testemunhal a ser ressaltado diz respeito à necessidade de que cada parte apresente, com antecedência e por escrito, as declarações que serão prestadas por sua testemunha em audiência, ao menos nos processos em tramitação em algum dos *Employment Tribunals* da Inglaterra e País de Gales<sup>385</sup>.

No que pertine aos documentos, estes deverão ser apresentados pelas partes quando da apresentação da reclamação ou da resposta. Também poderão ser apresentados como evidência quando da realização da *final hearing*, desde que a parte que o fizer avise à outra que assim procederá, com uma antecedência de, pelo menos, 7 dias da realização da audiência.

## **2.10 DOS RECURSOS DAS DECISÕES DOS *EMPLOYMENT TRIBUNALS***

São 2 (dois) os recursos estritamente trabalhistas: a revisão (*review*) e a apelação (*appeal*)<sup>386</sup>.

---

<sup>385</sup> O mesmo não ocorre na Escócia, não havendo, portanto, a necessidade de apresentar por escrito e com antecedência as declarações a serem prestadas pelas testemunhas em audiência.

<sup>386</sup> No presente estudo, nos ateremos, única e exclusivamente, à análise da revisão e da apelação, os únicos, como dissemos, recursos estritamente trabalhistas. Registramos, porém, a existência de outros

Quanto à revisão (*review*) dos julgamentos proferidos pelos *Employment Tribunals*, esta poderá partir de requerimento de qualquer das partes ou mesmo do próprio tribunal, que, neste caso, agirá *ex officio*.

Uma vez requerida a revisão, o próprio tribunal prolator do julgamento decidirá pelo seu deferimento ou não. Em sendo deferida, a decisão será modificada ou revogada. Para tanto, o tribunal emitirá o chamado *certificate of correction*. Por outro lado, o indeferimento da revisão resultará na conseqüente confirmação da decisão.

De acordo com as *rules of procedure*, a revisão terá lugar nas seguintes situações: a) ocorrência de erro meramente material (*administrative mistake*); b) falta de recebimento, por uma das partes, de informações quanto aos procedimentos que levaram ao julgamento; c) realização do julgamento mesmo ante à ausência de uma das partes à audiência – exceto no que tange ao julgamento por contumácia do reclamado (*default judgement*); d) surgimento de novas provas após o término da audiência, sobre cuja existência, no tempo do julgamento, não se poderia razoavelmente supor; e) prolação de julgamento injusto.

É interessante notar que, em razão de a revisão ser julgada pelo próprio tribunal prolator da decisão, tal característica a aproxima dos nossos embargos de declaração. No entanto, em algumas situações, como quando a revisão é motivada pelo surgimento de novas provas após o término da audiência ou por prolação de julgamento injusto, o mesmo recurso se assemelha muito mais ao nosso recurso ordinário, pois possibilita a reapreciação de fatos e provas, com a finalidade de reformar a decisão recorrida.

Nem sempre, porém, a revisão é o remédio apropriado para corrigir um julgamento. É o que ocorrerá quando o erro do julgamento houver sido na aplicação da lei. Caberá, neste caso, a interposição de apelação (*appeal*).

Ao contrário da revisão, a apelação sempre deverá partir de requerimento da parte inconformada com a decisão – requerimento este que recebe a denominação de *notice of appeal*. Além disso, será a apelação dirigida ao *Employment Appeal Tribunal*, que, como vimos, constitui o órgão jurisdicional de segunda instância a quem competirá seu julgamento.

Para ser aceita, a *notice of appeal* deve estar acompanhada por cópias dos

---

recursos: os recursos para a *Court of Appeal* (das decisões prolatadas pelo *Employment Appeal Tribunal*), para a *House of Lords* (interposto em face da decisão da *Court of Appeal*) e para a Corte Europeia de Justiça (desafiados pelos julgamentos da *House of Lords*) (SILVA, José Ajuricaba da Costa e. A justiça do trabalho da Grã-Bretanha. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 62, p. 71-85, 1993, p. 72).



seguintes documentos: a) julgamento apelado; b) razões escritas; c) reclamação; e d) reposta do reclamado.

O fato de a apelação ser motivada por situações de *error in iudicando*, além de ser dirigida a órgão jurisdicional diverso do prolator do julgamento apelado, a aproxima do nosso Recurso Ordinário. No entanto, é importante asseverar que a *appeal* britânica assemelha-se muito mais ao nosso Recurso de Revista, sob o aspecto de não devolver ao tribunal superior o reexame de provas e fatos, mas, tão-somente, de questões de direito.

Há prazos específicos para as partes lançarem mão da revisão e da apelação.

Com relação à revisão, esta pode ser requerida oralmente, quando as decisões são prolatadas em audiência, ou no prazo limite de 14 dias, contados da data do recebimento do julgamento, quando este é remetido às partes por via postal, após a realização da audiência. Caso entenda justificável, o tribunal pode prorrogar o prazo anteriormente mencionado para a propositura de revisão dos julgamentos.

Já quanto à apelação, a *notice of appeal* deve ser apresentada ao *Employment Appeal Tribunal* dentro do prazo máximo de 42 dias contados do recebimento, pelo correio, das razões escritas do julgamento, sob pena de a apelação não ser conhecida. Quando o julgamento é levado a efeito após o término da audiência, não tendo as partes solicitado, naquela oportunidade, o envio, por via postal, de suas razões escritas, havendo o interesse de interpor apelação, a regra para contagem do prazo será diversa. Neste caso, a parte que desejar apelar disporá de 14 dias, contados da data de envio do julgamento, para solicitar as suas razões escritas, começando o prazo de 42 dias a contar da data em que as razões escritas lhe forem enviadas<sup>387</sup>.

Note-se, por derradeiro, que o requerimento de revisão do julgamento não altera nem prorroga o prazo limite para se apresentar apelação em face do mesmo. Por isso, é extremamente recomendável que a parte requeira a revisão e, ao mesmo tempo, interponha a apelação em relação ao julgado que deseja reformar. Por conta disto, a parte deverá remeter ao *Employment Appeal Tribunal*, juntamente com a *notice of appeal*, além dos demais documentos necessários, uma cópia do requerimento para a revisão da decisão, ou já tendo a revisão sido julgada, uma cópia do julgamento do *Employment Tribunal* a respeito do pedido de revisão.

---

<sup>387</sup> A parte poderá apelar inclusive na hipótese em que deixar de solicitar ao tribunal, no prazo de 14 dias, o envio das razões escritas do julgamento. Neste caso, ao apresentar a *notice of appeal*, dentro de 42 dias da data de envio do julgamento, deverá justificar o motivo porque não solicitou, a tempo e modo, as suas razões escritas.

### 3 OUTRAS FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS<sup>388</sup>

#### 3.1 JUDICIAL MEDIATION OU ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (ADR)

Há situações em que o processo não prosseguirá até uma *final hearing*. Isto se dará quando tiver lugar a chamada *judicial mediation*, que é um modo alternativo de resolver a disputa, mais comumente referida como *alternative dispute resolution* (ADR)<sup>389</sup>.

Desde 2006, os *Employment Tribunals* oferecem o serviço de *judicial mediation* quando da realização do *preliminary hearing*. Aberta a referida audiência, um *Employment Judge* adverte as partes a respeito da possibilidade de uma mediação judicial. Caso ambos os litigantes concordem com a solução mediada, o *Employment Judge* assisti-las-á neste sentido.

A *judicial mediation* é confidencial e privada. Nada do que é dito pode ser usado posteriormente em outra audiência perante o *Employment Tribunal*. Até mesmo o *Employment Judge* que tiver atuado como mediador é impedido de se envolver no caso mais adiante.

#### 3.2 TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL PERANTE O ADVISORY, CONCILIATION AND ARBITRATION SERVICE (ACAS)

Uma forma extrajudicial de empregado e empregador chegarem a uma composição quanto à sua disputa se dá por meio dos serviços especializados de conciliação, arbitragem e mediação oferecidos pelo ACAS. A decisão proferida no

---

<sup>388</sup> Todas as informações sobre o que chamamos de *outras formas de solução dos conflitos trabalhistas* foram por nós compiladas a partir dos *websites* do ACAS e os governamentais do Reino Unido (ACAS. **Dispute resolution**. Disponível em: <<http://www.acas.org.uk>>. Acesso em: 29 nov. 2020; REINO UNIDO. **Courts and tribunals**: Employment Tribunal. Disponível em: <<https://www.gov.uk/courts-tribunals/employment-tribunal>>. Acesso em: 29 nov. 2020; REINO UNIDO. **Employing people**: Dismissing staff and redundancies: Solve a workplace dispute. Disponível em: <[http://www.direct.gov.uk/en/Employment/ResolvingWorkplaceDisputes/DG\\_10027991](http://www.direct.gov.uk/en/Employment/ResolvingWorkplaceDisputes/DG_10027991)>. Acesso em: 29 nov. 2020).

<sup>389</sup> Note-se que, embora não seja a *judicial mediation*, propriamente uma forma alternativa de solução dos conflitos, ao menos não como concebemos as alternativas jurisdicionais no Brasil, já que levada a efeito por meio da intervenção do *Employment Judge* quando de uma *preliminary hearing*, no sistema judicial britânico, ela é considerada uma *alternative dispute resolution*, tão-somente, por constituir uma alternativa em relação à realização da *final hearing* no âmbito do processo judicial.

sentindo da composição de interesses, tal como uma decisão judicial, faz coisa julgada, restando impossível demandar novamente perante o *Employment Tribunal* sobre a mesma causa.

O ACAS é um *non-departmental public body*, fundado em 1978, pelo *Employment Protection (Consolidation) Act 1978*. Atualmente, ele é financiado em grande parte pelo *Department for Business, Energy and Industrial Strategy (BEIS)* e administrado por um Conselho independente, o *ACAS Council*, o que faz do ACAS um órgão independente e imparcial.

Tal conselho é responsável por determinar as estratégias, políticas e prioridades do ACAS e é formado por personalidades no mundo dos negócios, do movimento sindical e do setor acadêmico nomeados pelo *Secretary of State for Business Energy and Industrial Strategy*. Atualmente, o ACAS conta com um escritório central em Londres e 11 outras unidades regionais localizadas por toda a Grã-Bretanha.

Mais do que apenas solucionar os interesses em disputa, o ACAS também oferece um serviço de aconselhamento e orientação sobre as políticas de emprego e trabalho para os empregadores ou suas organizações representativas, os sindicatos e o governo. O intuito é prevenir os litígios entre empregados e empregadores, melhorando as práticas de emprego nos locais de trabalho.

Quanto à conciliação perante o ACAS, chamada de *early conciliation* (porque evita que as partes recorram ao *Employment Tribunal*), trata-se de um serviço gratuito e independente, concernente tanto em relação aos conflitos coletivos, entre os grupos de trabalhadores e entidades patronais, como às disputas individuais, entre o empregador e seu empregado<sup>390</sup>.

Já no que tange ao serviço de arbitragem oferecido pelo ACAS – também uma forma alternativa de solução dos conflitos –, somente os conflitos especificados no *Employment Rights (Dispute Resolution) Act 1998* podem ser resolvidos por este meio. Além disso, diferentemente do que ocorre com a conciliação antecipada, o serviço de arbitragem oferecido pelo ACAS só tem lugar quando já existe uma demanda pendente de julgamento perante o *Employment Tribunal*.

A partir do momento em que as partes do processo judicial concordam em se

---

<sup>390</sup> A *early conciliation*, justamente porque evita que as partes recorram ao Judiciário para resolver sua disputa, não deve ser confundida com o serviço de conciliação que se realiza após apresentadas a reclamação e a resposta do reclamado perante o *Employment Tribunal*, sendo esta nova tentativa de conciliação também encaminhada pelo ACAS.

submeter à arbitragem – já que os custos deverão ser por elas próprias suportados –, firma-se o chamado *arbitration agreement* que é enviado à seção de arbitragem do ACAS para que seja escolhido o árbitro responsável por solucionar a disputa. Importante notar que este não será escolhido pelas partes, mas pelo próprio ACAS, caso a caso, de acordo com seus conhecimentos, habilidades e experiências.

Outro serviço igualmente oferecido pelo ACAS é o da mediação. Esta envolve a atuação de um terceiro, o mediador, auxiliando os interessados a solucionarem seus conflitos. Além de fornecer o mediador, o ACAS também oferece aos empregados e empregadores cursos e treinamentos para gestão e mediação dos conflitos nos próprios locais de trabalho, acreditando-os por meio do chamado *Certificate in Internal Workplace Mediation*.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Desde as considerações introdutórias ao presente trabalho, restou demonstrado que o Reino Unido constitui um Estado de características geopolíticas únicas, inexistindo qualquer outro no mundo a ele semelhante.

Tais características acabam se refletindo na conformação da estrutura jurisdicional, em especial a jurisdição trabalhista, verificando-se a existência de organizações específicas conforme o país sobre o qual se mira, Inglaterra, País de Gales, Irlanda ou Escócia, embora todas possuam competência para conhecer de causas trabalhistas.

Igualmente restam refletidas as particularidades do Reino Unido e dos países que o compõem, em especial os da Grã-Bretanha, nos procedimentos adotados desde a propositura da demanda, passando pelas fases de instrução, julgamento e, sendo o caso, recurso.

Ao contrário do que se verifica, por exemplo, no Direito Processual Trabalhista brasileiro, cujas bases elementares são postas já no texto constitucional e os ritos procedimentais, embora devidamente reformados e atualizados pelo legislador ao longo dos anos, remontam à década de 40, quando da instituição da CLT, na Grã-Bretanha, o Direito Processual Trabalhista, se é que podemos chamá-lo assim, vem sendo construído ao longo dos tempos, a partir, principalmente, de experiências pragmáticas, e, aparentemente, sem muita preocupação com tecnicismos jurídicos ou mesmo fundamentos jurídico-principiológicos.

Lado outro, embora o processo trabalhista britânico se mostre bem diferente do brasileiro, percebe-se em alguns institutos existentes nos dois universos processuais certas semelhanças, como, por exemplo, o *jus postulandi* concedido às próprias partes, o informalismo no funcionamento dos órgãos jurisdicionais trabalhistas e mesmo a sua composição colegiada, estrutura vigente no Brasil até pouco tempo.

Essencialmente, porém, como mencionado acima, consistem em sistemas jurídicos completamente distintos, o que, inclusive, dificulta a sua análise por um estudioso de bases jurídicas brasileiras. Explica-se: como no ordenamento brasileiro a preocupação com as formas procedimentais legalmente postas e os princípios basilares do processo é extremada, soa-nos, à primeira vista, estranho um ordenamento marcado pelo pragmatismo e pela ausência de uma regra uniforme no sentido restritivo da expressão.

A despeito disso, há que se reconhecer que as particularidades do sistema britânico de judicialização trabalhista alcançam seus objetivos, permitindo o desenvolvimento da atividade jurisdicional trabalhista de maneira participativa e, na maioria das vezes, resultante em decisões justas.

Por tudo exposto, o sistema de judicialização britânico mostra-se, ao lado de outros tantos, digno de ser bem estudado a fim de que as experiências lá alcançadas venham a ser pesadas e, sendo o caso, absorvidas pelo legislador pátrio em sua atividade de constante e diuturna “*re-construção*” do Direito Processual brasileiro, em especial o Direito Processual Trabalhista.

## REFERÊNCIAS

ACAS. **Dispute resolution**. Disponível em: <<http://www.acas.org.uk>>. Acesso em: 29 nov. 2020.

CICCO, Maria Cristina de. Prefácio da tradutora. In: CONSTANTINESCO, Leotin-Jean. **Tratado de direito comparado**: introdução ao direito comparado. Edição brasileira organizada por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, p. VII-X, 1998.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEIRELES, Edilton. Direito do trabalho comparado: seu estudo. **Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, v.15, n.173, p. 21-29, nov. 2003.

REINO UNIDO. **Courts and tribunals**: Employment Tribunal. Disponível em: <<https://www.gov.uk/courts-tribunals/employment-tribunal>>. Acesso em: 29 nov. 2020.

REINO UNIDO. **Crime, justice and the law**: Courts, sentencing and tribunals: Appeal to the Employment Appeal Tribunal. Disponível em: <<https://www.gov.uk/appeal-employment-appeal-tribunal>>. Acesso em: 29 nov. 2020.

REINO UNIDO. **Employing people**: Dismissing staff and redundancies: Solve a workplace dispute. Disponível em: <[http://www.direct.gov.uk/en/Employment/ResolvingWorkplaceDisputes/DG\\_10027991](http://www.direct.gov.uk/en/Employment/ResolvingWorkplaceDisputes/DG_10027991)>. Acesso em: 29 nov. 2020.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 12. ed. de acordo com o Novo CPC. São Paulo: LTr, 2017.

SILVA, José Ajuricaba da Costa e. A justiça do trabalho da Grã-Bretanha. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 62, p. 71-85, 1993.

WIKIPÉDIA. **Reino Unido**. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Reino\\_Unido](https://pt.wikipedia.org/wiki/Reino_Unido)>. Acesso em: 29 nov. 2020.