

Estudos Jurídico-sociais Comparados



**Francisco Géron Marques de Lima
(organizador)**

Charles da Costa Bruxel

Gabriel Lima Valentim

Matheus Casimiro Gomes Serafim

Thiago Pinheiro de Azevedo

Yuri Kubrusly de Miranda Sá

EXCOLA
EXCELÊNCIA EM FORMAÇÃO SOCIAL

Universidade Federal do Ceará | Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito

Francisco Gérson Marques de Lima (organizador)

Estudos
Jurídico-sociais
Comparados

Fortaleza, 2019

 **EXCOLA**
EXCELENCIA EM FORMAÇÃO SOCIAL

Título: Estudos Jurídico-Sociais Comparados

Conselho Editorial:

Francisco Gérson Marques de Lima (Doutor, Professor, PPGD-UFC), Coordenador

Francisco Meton Marques de Lima (Doutor, Professor, PPGD-UFPI)

Ivo Dantas (Doutor, Professor, PPGD-UFPE)

Sérgio Torres Teixeira (Doutor, Professor, PPGD-UFPE)

Regina Sonia Costa Farias (Mestre, Professora no Ceará)

Dados cadastrais: armazenados na Excola.

Esta obra resulta de Projeto de produção doutrinária de alunos da Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Ceará (Brasil), como resultado dos Seminários Jurídicos em Direito Comparado, ministrados pelo Prof. Francisco Gérson Marques de Lima.

A publicação se dá pela Excola Social, micro-empresa individual de Viviane Pessoa de Azevedo, unicamente na forma eletrônica. Registro de prefixo editorial nº 65-81313.

Fica autorizada a citação, o download, o upload e a impressão sem fins lucrativos, para propósitos acadêmicos e de pesquisa, desde que seja citada a fonte. É vedada a comercialização da obra.

Publicação: Excola Social (editor), 2019

Escola de Excelência em Formação Social, CNPJ 24.792.230/001-07

Rua Monsenhor Bruno, 1153, sala 1705, Aldeota

CEP 60.115-191, Fortaleza, Ceará, Brasil

Endereço eletrônico: www.excolasocial.com.br

Email: excolasocial@gmail.com

Telefones: (51 85) 3267-7597 | 98897-7566 | 9690-3869

Dados internacionais de catalogação da publicação na fonte (CIP)

Bibliotecária responsável: Ana Maria Camelo de Almeida — CRB 3 404

E82

Estudos Jurídico-Sociais / Charles da Costa Bruxel [et al.] Org. Francisco Gérson Marques de Lima. Fortaleza : Excola Social, 2019.

ISBN 978-65-81313-00-5

Vários autores

1. Direito 2. Direito Comparado | Lima, Francisco Gérson Marques de (org.)

CDD 340

Publicação eletrônica: www.excolasocial.com.br

“A pobreza não é inevitável”.

Papa Francisco

Sumário

Introdução

Capítulo 01

Charles da Costa Bruxel

Análise comparativa do intervalo intrajornada para repouso e alimentação no Brasil e em Portugal 9

Capítulo 02

Francisco Gérson Marques de Lima

Negociação coletiva: um estudo do modelo chileno, em razão de sua provável alternativa para o Brasil 37

Capítulo 03

Gabriel Lima Valentim

A greve política à luz do direito comparado: uma análise crítica do entendimento jurisprudencial francês, espanhol, italiano e brasileiro relativo a greves com finalidade política 59

Capítulo 04

Matheus Casimiro Gomes Serafim

As demandas estruturais no Brasil e os riscos da importação acrítica de sentenças estrangeiras..... 89

Capítulo 05

Thiago Pinheiro de Azevedo

Breve diálogo sobre as negociações coletivas no Uruguai e em Portugal 117

Capítulo 06

Yuri Kubrusly de Miranda Sá

Terceirização: segurança jurídica do trabalhador no Brasil e no Uruguai 139

Introdução

Todo professor tem, certamente, grande satisfação em concluir as aulas e encontrar nos alunos a verve por pesquisar e produzir academicamente. Este é o presente caso. De fato, esta obra é fruto da produção de artigos jurídicos elaborados por alunos da Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal do Ceará, nos seminários de Direito Comparado do Trabalho.

O Direito do Trabalho vem passando por uma profunda transformação em todo o mundo, apontando para um repensar doutrinário ou uma reafirmação de sua principiologia. De todo modo, é preciso, primeiro, verificar como se estrutura o Direito laboral noutros países, o que reclama estudos sobre a legislação estrangeira, seguidos de análises comparativas.

Há, efetivamente, campo para que estudos sobre a legislação estrangeira e sua comparação com o Direito pátrio possam levar a uma contribuição apta a aprimorar a compreensão do fenômeno a que estão submetidas as relações de trabalho. A Academia pode fornecer estes elementos e, a partir deles, avançar para verificar melhor a realidade jurídica de *lege lata* e de *lege ferenda*.

Reconhece-se que o Direito do Trabalho tem sido, historicamente, o ramo jurídico que, ressalvadas as disposições de direito internacional público e privado, mais apresenta laços internacionais. E isto é compreensível, em razão do caráter universalizante dos métodos organizacionais de produção, que, obviamente, afetam os trabalhadores e os empresários.

Por natureza, o Direito do Trabalho apresenta intercâmbios jurídicos entre os diversos institutos que orientam as relações laborais. A organização do trabalho e as modificações realizadas nas indústrias da Espanha ou do Uruguai, por exemplo, acabam repercutindo no

Brasil, até porque, frequentemente, grandes grupos econômicos são internacionais e, portanto, adotam o mesmo modelo produtivo nos países onde se instalam.

Os co-autores desta obra iniciam referido estudo, o primeiro de outros que serão produzidos neste campo investigativo. É que a própria teoria do Direito do Trabalho se encontra na iminência de passar por uma profunda transformação, ao passo que o Direito Comparado pode ensejar relevantes contribuições estruturais. Deveras, os marcos teóricos do saber científico não são limitados ao domínio territorial de um único país, em razão do seu caráter universalizante e da produção de dogmas válidos.

Fica, assim, a sugestão de leitura e o incentivo para que se desenvolvam mais estudos doutrinários sobre Direito Comparado do Trabalho.

Fortaleza, novembro de 2019.
Professor Doutor Francisco Géerson Marques de Lima

Capítulo 01

Análise comparativa do intervalo intrajornada para repouso e alimentação no Brasil e em Portugal

Charles da Costa Bruxel¹

Súmary: 1. Introdução. 2. Conceito e fundamentos do intervalo intrajornada para repouso e alimentação. 3. O intervalo intrajornada para repouso e alimentação e a negociação coletiva no Brasil. 4. O intervalo intrajornada para repouso e alimentação e a negociação coletiva em Portugal. 5. Comparação entre o intervalo intrajornada para repouso e alimentação no Brasil e em Portugal. 6. Conclusão.

Reumo: Diante das relevantes discussões vigentes, no âmbito do Direito do Trabalho brasileiro, acerca dos limites da negociação coletiva em questões afetas ao intervalo intrajornada para repouso e alimentação, buscar-se-á, com o intuito de colaborar com a qualidade do debate, apresentar e analisar como a matéria está sendo tratada em Portugal. Após o desenvolvimento do trabalho, verificou-se que, ao contrário do que se imaginava, ambos os países estão em situação análoga no que diz respeito ao tratamento normativo conferido ao intervalo intrajornada para repouso e alimentação e sua possibilidade de flexibilização via negociação coletiva. Nesse sentido, constatou-se que a hipótese encampada no início do escrito se mostrou equivocada, pois não é possível afirmar que o Direito Português é mais protetivo que o brasileiro em matéria de intervalo intrajornada para repouso e alimentação, já que permite, até em maior amplitude que o Brasil, negociações coletivas potencialmente prejudiciais aos trabalhadores.

Palavras-chave: Intervalo intrajornada. Repouso e alimentação. Brasil. Portugal. Direito comparado. Negociação coletiva. Flexibilização.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Processual Civil pela Damásio Educacional (2018). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Gama Filho (2013). Bacharel em Direito (2016) e em Ciências Econômicas pela UFC (2011). Analista Judiciário no Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região (CE). Email: charles.bruxel@gmail.com.

Abstract: Considering the relevant current discussions, under the Brazilian Labor Law, about the limits of collective bargaining on issues related to the intra-day interval for rest and feeding, it will seek to present and analyze how the subject is being treated in Portugal, in order to collaborate with the quality of the debate. After the development of the work, it was found that, contrary to what was imagined, both countries are in a similar situation regarding the normative treatment given to the intra-day interval for rest and feeding and its possibility of flexibility through collective bargaining. In this sense, it was found that the hypothesis outlined at the beginning of the writing proved to be mistaken, since it is not possible to state that Portuguese law is more protective than the Brazilian law in the matter of intra-day interval for rest and eating, since it allows, even to a greater extent than Brazil, collective bargaining potentially harmful to workers.

Keywords: Intra-day interval. Rest and feeding. Brazil. Portugal. Comparative law. Collective bargaining. Flexibilization.

1. Introdução

O intervalo intrajornada para alimentação e repouso (o ordinariamente conhecido como “intervalo para almoço” ou “intervalo para descanso”) é um dos elementos fundamentais, previstos na legislação, para a proteção da saúde e da segurança dos trabalhadores. O direito de poder parar de trabalhar, por determinado período, para se alimentar e repousar evita que o laborista, sujeito a uma jornada contínua e longa, chegue à exaustão – situação na qual, o empregado, além de não conseguir produzir a contento, ainda termina ficando exposto a acentuados riscos de acidentes de trabalho e adoecimento.

Nesse sentido, relevantes discussões, no âmbito do Direito do Trabalho brasileiro, acerca dos limites da negociação coletiva em questões afetas ao intervalo intrajornada para repouso e alimentação, estão em curso, mormente após a edição da Lei 13.467/2017 (“Reforma Trabalhista”), a qual avançou sobre a matéria e tomou posição, liberando ajustes coletivos nessa seara, desde que observado um certo limite.

A fim de contribuir para o estudo do tema, entende-se que a apresentação e a análise de como a matéria está sendo tratada em

Portugal – país com o mesmo sistema jurídico do Brasil (romano-germânico)² e que, por ter sido colonizador do Brasil, apresenta traços jurídicos e culturais razoavelmente similares, a iniciar pelo idioma – pode qualificar e aprofundar o debate em curso.

Inclusive, não se pode perder de vista que a própria Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei 5.452/1943) apresenta em seu artigo 8º, *caput*,³ expressa menção ao direito comparado como fonte supletiva do Direito Laboral, o que torna ainda mais significativa e promissor o estudo das normas trabalhistas portuguesas a respeito do tema.

Desse modo, buscar-se-á analisar e comparar o tratamento normativo conferido pelo Brasil e por Portugal no que diz respeito ao intervalo intrajornada para repouso e alimentação e sua possibilidade de flexibilização por meio de negociação coletiva.

Referido objetivo decorre da seguinte indagação investigativa: o Direito Português é mais protetivo que o brasileiro em matéria de intervalo intrajornada para repouso e alimentação, não permitindo negociações coletivas prejudiciais aos trabalhadores?

Destaque-se o objeto do estudo é o intervalo intrajornada para repouso e alimentação, e não todo e qualquer intervalo intrajornada. Esclarece-se o ponto, pois, como se sabe, a legislação laboral brasileira contempla outras espécies que se enquadram no gênero “intervalo intrajornada”, a exemplo do intervalo, previsto no art. 74 da Consolidação das Leis do Trabalho, de dez minutos a cada noventa minutos trabalhados aplicável aos laboristas em atividades de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo).

Nesse sentido, a hipótese encampada é a seguinte: o Direito

² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado*. 2 ed. Lisboa: Meridiano, 1978.

³ CLT, art. 8º, *caput*: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

Português é mais protetivo que o brasileiro em matéria de intervalo intrajornada para repouso e alimentação, não permitindo negociações coletivas prejudiciais aos trabalhadores.

Para tanto, a pesquisa implementada será bibliográfica (doutrina), e documental (Constituição da República Portuguesa, Código do Trabalho de Portugal, Constituição da República Federativa do Brasil, Consolidação das Leis do Trabalho, dentre outros).

O método de abordagem empregado será, precipuamente, o comparativo, pois se buscará cotejar a realidade do ordenamento jurídico do Brasil e de Portugal acerca de matéria trabalhista existente em ambos os países. Além desse, será adotado também o método dedutivo,⁴ pois, a partir da análise e da interpretação de princípios, leis e teorias existentes no Brasil e em Portugal a respeito do intervalo intrajornada para repouso e alimentação e a negociação coletiva, serão extraídas conclusões aptas a explicar a controvérsia examinada, viabilizando a verificação da hipótese traçada e do questionamento propulsor do presente estudo.

O trabalho será dividido em quatro tópicos, sendo o primeiro a respeito da conceituação e da definição dos contornos fático-jurídicos que lastreiam a existência do intervalo intrajornada para repouso e alimentação; o segundo sobre a análise e a apresentação do atual cenário normativo brasileiro, após a Lei 13.467/2017, em relação ao intervalo intrajornada para repouso e alimentação e sua possibilidade de flexibilização por meio de negociação coletiva; o terceiro acerca do exame e da apresentação do contemporâneo arcabouço normativo português em matéria de intervalo intrajornada para repouso e alimentação e sua possibilidade de flexibilização por meio de negociação coletiva; e o quarto envolvendo a análise comparativa entre os dois sistemas jurídicos no que pertine ao intervalo intrajornada e sua possibilidade de flexibilização por meio de negociação coletiva.

⁴ PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2 ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

2. Conceito e fundamentos do intervalo intrajornada para repouso e alimentação

Os intervalos intrajornada se caracterizam por ser lapsos temporais regulares, remunerados ou não, situados no interior da duração diária do trabalho, nos quais o empregado pode cessar a prestação laboral, deixando, inclusive, de estar à disposição do empregador.⁵

Os lapsos de descanso situados dentro da jornada de trabalho se destinam, fundamentalmente, a recuperar as energias do empregado, no contexto da concentração temporal de trabalho que caracteriza a jornada cumprida a cada dia pelo obreiro. Os objetivos do intervalo intrajornada, portanto, circunscrevem-se, essencialmente, em torno de considerações de saúde e segurança do trabalho, servindo o lapso temporal intervalar como instrumento relevante de preservação da higidez física e mental do trabalhador ao longo da prestação diária de serviços. Entretanto, cumpre ressaltar que intervalos intrajornada mais longos (geralmente com duração entre um e duas horas) podem, ainda, viabilizar que o trabalhador consiga momentos de integração familiar ou social importantes para o seu bem-estar.⁶

Priscila Soeiro Moreira⁷ obtempera que o intervalo mínimo intrajornada encontra fundamento no fato de que o trabalho desenvolvido longamente pode levar à fadiga física e psíquica, gerando uma situação de insegurança para o trabalhador e, levando em consideração a natureza de certas atividades, também para terceiros e para o patrimônio das empresas e do Estado, sendo evidente que a redução de acidentes do trabalho está relacionada à capacidade

⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16 ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 1075-1076.

⁶ *Ibidem*, p. 1076.

⁷ MOREIRA, Priscila Soeiro. *A negociação coletiva e o intervalo intrajornada*. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, *passim*.

de atenção e concentração do trabalhador durante a jornada de trabalho. Assim, os intervalos visam coibir a exaustão física e mental do trabalhador, prevenindo acidentes ou doenças do trabalho. Trata-se de norma de ordem pública, relativa à segurança e saúde do trabalhador. Em razão de ser um descanso com um lapso temporal mais curto, os objetivos do descanso intrajornada não são tão amplos quanto os do intervalo interjornada, dos descansos semanais e das férias, que visam, por exemplo, a integração do trabalhador à sua família e comunidade. A autora concorda que a finalidade do intervalo intrajornada é precipuamente a de segurança no trabalho.

Márcio Pinto Martins Tuma.⁸ por sua vez, salienta que, tendo os intervalos intrajornada função precipuamente ligada à renovação das energias do trabalhador, com vistas a preservar sua higidez física e mental ao longo da prestação diária dos serviços, a preocupação da doutrina e da jurisprudência têm recaído principalmente sobre a impossibilidade de redução ou supressão deste lapso de descanso, havendo poucos estudos que se dedicam a compreender e impor limites a eventuais elásticos desses intervalos acima do máximo ordinário previsto pela legislação.

Em complemento às doutrinas referidas, a caracterização do intervalo intrajornada como sendo uma norma componente do arcabouço que visa a proteção da saúde e da segurança do trabalhador é facilmente visualizável por meio de um exemplo mais grosseiro. Se a supressão parcial ou até mesmo total do intervalo intrajornada para repouso ou alimentação parece algo razoável ou inofensivo para jornadas de quatro horas diárias de labor, por certo o cenário muda radicalmente quando se imagina um trabalhador que trabalha oito horas diárias mais duas extras (dez horas de labor, portanto) de forma consecutiva, sem qualquer intervalo para repouso e alimentação. É óbvio que o estado de desgaste físico e mental e desconcentração de um obreiro nessas condições torna imensamente mais provável que ele, desatento, termine perdendo um dedo enquanto opera uma máquina

⁸ TUMA, Márcio Pinto Martins. *Ampliação do intervalo intrajornada – um dano existencial*. 2 ed. São Paulo, LTr, 2016, passim.

que exige cuidados ou sofra um acidente de trânsito enquanto dirige por tanto tempo o veículo da empresa ou venha a adquirir moléstias decorrentes de esforço repetitivo.

Por outra frente, se o intervalo intrajornada for excessivamente longo, passa-se a ter outro problema: o empregado fica mais tempo de seu dia preso ou atuando em função da rotina laboral. Afinal, o tempo para repouso e alimentação, por mais que seja de quatro horas (exemplo atípico, mas que serve para ilustrar a ideia que se quer desenvolver), nunca será um lapso temporal no qual o obreiro poderá desenvolver com integral liberdade e tranquilidade qualquer atividade familiar, social, esportiva ou de lazer que lhe seja conveniente, pois a iminência e o dever de retornar ao serviço terminam sendo fatores tensionadores e que limitam a possibilidade de relaxamento pleno do obreiro.

Após essas breves considerações, é possível perceber que o intervalo intrajornada para repouso e alimentação deve corresponder a um tempo necessário para a reposição das energias obreiras, garantindo que o trabalhador possa desempenhar a segunda parte da jornada com condições psicofísicas adequadas e similares às que possuía quando laborou a primeira parte da jornada. Por outro lado, o intervalo intrajornada para repouso e alimentação não pode ser excessivamente longo ao ponto de envolver quase a integralidade do dia do laborista em torno da realização de sua jornada de trabalho, haja vista que esse excessivo lapso temporal intervalar tem o condão de gerar prejuízos ao lazer, à convivência social/familiar e ao projeto de vida do empregado.

3. O intervalo intrajornada para repouso e alimentação e a negociação coletiva no Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não tratou expressamente do intervalo intrajornada. Preferiu cuidar, nessa seara ligada à duração laboral, de temas laborais mais amplos como a

jornada máxima diária e semanal⁹, o repouso semanal remunerado¹⁰ e as férias anuais.¹¹

No entanto, a Carta Magna estabeleceu ao legislador o dever de estipular normas de saúde, higiene e segurança que visem reduzir os riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII).¹² Consequentemente, a legislação não pode ir na contramão do comando constitucional, aumentando os riscos inerentes ao trabalho, sob pena de incidir no vício de inconstitucionalidade material.

Ainda nesse sentido, o art. 114, §2º, da Constituição Federal,¹³ imunizou as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho de virem a ser abaladas, prejudicialmente, por negociações coletivas.

Isso porque referido dispositivo (art. 114, §2º, da CF), ao limitar o poder normativo da Justiça do Trabalho na solução de dissídios coletivos de natureza econômica, impondo a observância das disposições mínimas legais de proteção ao trabalho e das estipulações coletivas convencionadas anteriormente, logicamente delimitou o próprio escopo de abrangência da negociação coletiva. Por mais que se possa imaginar que a solução autocompositiva entre as partes (efetivo êxito na negociação coletiva) mereça ser privilegiada em detrimento

⁹ Constituição Federal: “art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] 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; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;”

¹⁰ Constituição Federal: “art. 7º [...] XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;”

¹¹ Constituição Federal: “art. 7º [...] XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;”

¹² Constituição Federal: “art. 7º [...] XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;”

¹³ Constituição Federal: “art. 114, §2º: Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.”

da resolução heterocompositiva (poder normativo da Justiça do Trabalho), não faz sentido, por exemplo, que normas legais criadas com o fito de proteger a própria integridade psicofísica do trabalhador possam ser simplesmente suplantadas por um acordo ou convenção coletiva. Isso de uma só vez colocaria por terra o art. 7º, XXII, da Carta Maior (mencionado mais acima), e criaria um abismo qualitativo entre a tutela judicial de dissídio coletivas e a negociação coletiva em si.

Esse “abismo qualitativo”, inclusive, poderia servir de desestímulo à negociação coletiva, já que a solução do conflito por meio da Justiça do Trabalho poderia terminar sendo, para os trabalhadores, uma via mais segura e garantida do que aquela alçada via negociação coletiva (espaço no qual todos os direitos previstos em lei, inclusive os mais elementares, estariam sob pressão patronal para serem colocados na mesa). Tal ponto confirma que o 114, §2º, da Carta Magna apresentaria uma restrição geral, tanto ao poder normativo da Justiça do Trabalho quanto ao ao espaço transacional da negociação coletiva.

Ao mesmo tempo, convém pontuar que, pela interpretação literal do art. 114, §2º, da Lei Magna, a restrição à atividade heterocompositiva (necessário respeito às disposições mínimas legais de proteção ao trabalho e às estipulações coletivas convencionadas anteriormente) se aplicaria à Justiça do Trabalho, mas não à arbitragem (que também é um método de solução heterônoma de conflitos), o que novamente evidencia a carência do método gramatical para se chegar à melhor exegese normativa acerca da matéria. Ora, como poderia a arbitragem ostentar poderes superiores ao da própria jurisdição?

Obtida essa conclusão, remanesce a apreciação do conteúdo da expressão “disposições mínimas legais de proteção ao trabalho”.

A informação extraída a uma primeira vista é a de que não seriam todas as disposições legais imunizadas da flexibilização pela via coletiva. Apenas as normas legais que garantissem minimamente a proteção ao trabalho é que seriam impassíveis de mitigação por meio de negociação coletiva. Dentre essas, parece bastante claro que as disposições legais sobre saúde, higiene e segurança do trabalhador estariam abrangidos nesse núcleo fundamental de normas protegidas

de atenuações pela via coletiva.

Isso porque aludidas normas são editadas em obediência a expresso comando constitucional, o qual preceitua que é direito dos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, XXII, da Constituição Federal). Ou seja, logicamente, normas dessa natureza são vitais para reduzir os riscos inerentes ao labor e, conseqüentemente, integram as “disposições mínimas legais de proteção ao trabalho” anunciadas como limite à negociação coletiva no art. 114, §2º, da Carta Maior.

Nessa linha, o intervalo intrajornada mínimo previsto em lei, por ser medida essencial para a garantia da saúde e da segurança obreiras, conforme já demonstrado no tópico anterior, estaria imunizado de flexibilizações redutivas. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, formada antes da Lei 13.467/2017, encampou expressamente essa compreensão por meio da Súmula 437, II:

É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inofensa à negociação coletiva.

Salienta-se que até se entende ser possível estipular coletivamente intervalos intrajornada aquém do piso previsto em lei, em homenagem ao “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” garantido pela Constituição da República (art 7º, XXVI), porém isso só pode ocorrer nos casos em que os partícipes da negociação coletiva robustamente comprovarem que essa redução não prejudica a proteção constitucional à saúde, à higiene e à segurança dos trabalhador.

Dentro do panorama traçado, fica relativamente fácil perceber a incompatibilidade constitucional do art. 611-B, parágrafo único, da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, quando estipula que “Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins

do disposto neste artigo". Ora, a lei nada mais está tentando fazer do que esvaziar a proteção normativa à saúde e à segurança do trabalhador estabelecida pelo art. 7º, XXII, da Constituição Federal. A fim de esclarecer a inconstitucionalidade, a legislação ordinária também não poderia apresentar texto, por exemplo, no qual dissesse que as disposições sobre equipamentos de proteção individual não são normas de saúde, higiene e segurança do trabalho. Ora, a lei não pode transformar um círculo em um quadrado nem o azul em vermelho, mormente quando estipulações dessa natureza implicam em prejuízos, diretos ou indiretos, a direitos dos trabalhadores consagrados na Carta Magna.

Em complemento, ressalta-se que o art. 611-A, III, da Consolidação das Leis do Trabalho, também com redação dada pela Lei 13.467/2017, ao estabelecer que a "convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: [...] III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;" também deve receber uma leitura conforme a Constituição Federal. De plano, é importante frisar que o dispositivo somente pode estar se referindo ao intervalo intrajornada para repouso e alimentação, a despeito de existirem outras espécies de intervalo intrajornada.¹⁴ Isso porque esses outros tipos de intervalos intrajornada - ao contrário do que ocorre

¹⁴ Maurício Godinho Delegado (*Curso de direito do trabalho*. 16 ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 1057) menciona os seguintes: a) 10 minutos a cada 90 laborados (em serviços permanentes de mecanografia - datilografia, escrituração ou cálculo), vide art. 72 da CLT; b) 20 minutos a cada 3 horas de esforço contínuo, para empregados sujeitos a horários variáveis (jornada de 7 horas), nos serviços de telefonia, telegrafia submarina e subfluvial, radiotelegrafia e radiotelefonía, vide art. 229 da CLT; c) 15 minutos a cada 3 horas consecutivas de labor, em trabalho em minas de subsolo, vide art. 298 da CLT; d) 15 minutos, para mulher e menor, após jornada normal, antes de início de sobrejornada (arts. 384 e 413, parágrafo único, CLT), valendo ressaltar que o intervalo específico para a mulher, antes previsto no art. 384 da CLT, foi revogado pela Lei 13.467/2017; e) 20 minutos a cada 100 minutos de trabalho contínuo (1,40 horas), para trabalho no interior de câmaras frigoríficas ou em movimento de mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa (art. 253, CLT; Súmula 438, TST); f) Intervalos espontaneamente concedidos pelo empregador, não previstos em lei (Súm. 118, TST; art. 4º, CLT).

com o intervalo para repouso e alimentação - são desvinculados da jornada diária do obreiro (quatro, seis ou oito horas, por exemplo) e, ademais, todos eles são inferiores a trinta minutos (o que tornaria sem sentido a ressalva final do dispositivo na parte em que menciona que o limite mínimo de trinta minutos deve ser respeitado).

Ora, o intervalo intrajornada para repouso e alimentação é uma norma de saúde e segurança do trabalhador, como já demonstrado. Consequentemente, referido intervalo não pode ser irrisório ao ponto de não atender essa finalidade protetiva. E, é fácil imaginar, que, para determinados trabalhos que exijam maior esforço físico, o intervalo de apenas trinta minutos para jornadas superiores a seis horas pode ser insuficiente para garantir o resguardo da saúde e da integridade do obreiro. Em outras palavras, essa possibilidade de redução, via negociação coletiva, do intervalo intrajornada, só se aplica a atividades nas quais os trabalhadores não sofram prejuízos à sua saúde e segurança em decorrência do tempo reduzido para repouso e alimentação.

Além disso, o referido art. 611-A, III, da CLT, dá a entender que, para jornadas inferiores a seis horas, não haveria qualquer limite de flexibilização do intervalo intrajornada para repouso e alimentação. Ou seja, a negociação coletiva, para os trabalhadores sujeitos a jornadas superiores a quatro e inferiores a seis horas diárias, poderia suprimir integralmente qualquer intervalo intrajornada.¹⁵ Porém, tal como concluído no parágrafo anterior, essa possibilidade de redução/supressão, por meio de negociação coletiva, somente pode ser considerada aplicável a atividades nas quais os trabalhadores não sofram prejuízos à sua saúde e segurança em decorrência da supressão parcial ou total do tempo de intervalo para repouso e alimentação.

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado,¹⁶ inclusive, invocam como elemento para se ponderar a razoabilidade

¹⁵ Vale lembrar que o art. 71, §1º, da CLT, menciona que “não excedendo de 6 (seis) horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas.”

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 287.

da redução do intervalo intrajornada (os autores não aceitam que a lei tenha autorizado a supressão do intervalo intrajornada para jornadas inferiores a seis horas) a circunstância de a empregadora oferecer condições relativas à alimentação propícias à refeição dos empregados, sob pena de o intervalo de refeição e descanso não cumprir, minimamente, os seus objetivos jurídicos (existência de refeitórios, por exemplo, por interpretação analógica do art. 71, §3º, da Consolidação das Leis do Trabalho).¹⁷

Como consequência do raciocínio desenvolvido, o elasticamento do intervalo intrajornada, a princípio, por, em tese, otimizar a saúde e a segurança do trabalhador, poderia ser negociado coletivamente, já que tais termos transacionais não estariam infringindo as “disposições mínimas legais de proteção ao trabalho”. Essa, inclusive, foi a solução expressamente encampada pela Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 71, *caput*.¹⁸

Ocorre que, conforme já dito, se o intervalo intrajornada para repouso e alimentação for excessivamente longo, passa-se a ter outro problema: o empregado fica mais tempo de seu dia preso ou atuando em função da rotina laboral, o que gera prejuízos ao integral desenvolvimento de qualquer atividade familiar, social, esportiva ou de lazer que lhe seja conveniente, pois a iminência e o dever de retornar ao serviço terminam sendo fatores tensionadores e que limitam a possibilidade de relaxamento pleno do obreiro.

Nesse sentido, entende-se que um intervalo intrajornada desproporcionalmente dilatado termina por ferir o próprio direito do

¹⁷ CLT, art. 71, §3º: “O limite mínimo de uma hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quando ouvido o Serviço de Alimentação de Previdência Social, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares.”

¹⁸ CLT, art. 71: “Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, **salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário**, não poderá exceder de 2 (duas) horas”. (grifou-se)

trabalhador de iniciar e encerrar a sua atividade laboral dentro de um espaço temporal que lhe permita ter uma vida além do trabalho. Este direito seria um corolário da garantia a uma jornada de trabalho normal limitada (art. 7º, XIII e XIV, da CF),¹⁹ que, sem dúvidas, é uma disposição mínima legal de proteção ao trabalho, já que consta na própria Lei Maior e diz respeito à saúde, à dignidade e à segurança do trabalhador.

De que valeria limitar o tempo de jornada trabalhada para oito horas diárias se o intervalo intrajornada fosse tão dilatado ao ponto de a vida do obreiro ordinariamente terminar se restringindo apenas ao trabalho, seja por meio do labor efetivo, seja aguardando o retorno ao serviço? Os próprios direitos sociais (art. 6º da Constituição da República) à educação, ao lazer e à proteção à maternidade e à infância ficariam prejudicados, já que o trabalhador praticamente ficaria alijado de tempo livre para realizar atividades de estudo, diversão, relaxamento e cuidados mais próximos com a família.

Assim, a melhor solução é aquela que entende que a estipulação, via negociação coletiva, de intervalo intrajornada superior ao previsto em lei deve observar dois parâmetros: incremento à saúde e à segurança do trabalhador em virtude da providência; e a razoabilidade do aumento, de modo a não diminuir excessivamente a vida privada que o trabalhador tem além de sua rotina laboral.

Após essas breves considerações, é possível perceber que o intervalo intrajornada para repouso e alimentação, no Brasil, pode ser negociado coletivamente, mas desde que observados determinados limites, todos afetos à própria razão de existir do instituto, qual seja, garantir a saúde e a segurança do trabalhador.

¹⁹ Constituição Federal: “Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] 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; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”.

4. O intervalo intrajornada para repouso e alimentação e a negociação coletiva em Portugal

A atual Constituição da República Portuguesa (CRP) foi editada em 1976 e, desde então, passou por sete processos de revisão constitucional, o último ocorrido em 2005. Salienta-se que, ao contrário do Brasil, a disposição dada pela própria CRP é de que as alterações do texto constitucional ocorram apenas de tempos em tempos (é necessário aguardar, como regra, ao menos cinco anos entre uma revisão ordinária e outra, segundo o art. 284º, 1, da CRP). Para se realizar uma revisão extraordinária (fora do marco temporal ordinário), o atual artigo 284º, 2, da CRP, determina que a “Assembleia da República pode, contudo, assumir em qualquer momento poderes de revisão extraordinária por maioria de quatro quintos dos Deputados em efetividade de funções”.

Jorge Miranda,²⁰ ao enumerar as modificações introduzidas pelo texto constitucional português de 1976, salienta que a CRP de 1976 foi a primeira a elevar à categoria de fundamentais os direitos dos trabalhadores e de suas organizações.

Edilton Meireles,²¹ por sua vez, realiza contextualização histórica do processo que culminou com a edição do texto original da Constituição da República Portuguesa de 1976. Salienta diversos trechos do texto inicialmente promulgado,²² no qual resta claro o ideal de mudança do

²⁰ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 142.

²¹ MEIRELES, Edilton. *A Constituição do Trabalho: o trabalho nas constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2014, passim.

²² O art. 1º do texto original anunciava a busca por uma sociedade sem classes (comunismo): “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na sua transformação numa sociedade sem classes.” O artigo 2º indicava o processo de transição para o socialismo que era instrumentalizado pela CRP de 1976: “A República Portuguesa é um Estado democrático, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização política democráticas, que tem por objectivo assegurar a transição para o socialismo

sistema econômico capitalista para o socialista, sendo esta a ideologia prevalecente no ambiente advindo da Revolução dos Cravos de 1974, que rompeu com décadas da ditadura de inspiração fascista do “Estado Novo” português (que estava vigente no país desde 1933). Demarca que as revisões constitucionais realizadas após 1976 retiraram a carga socialista da CRP, a qual foi substituída pelo ideal de efetivação de um Estado Social, mas mantiveram a valorização do trabalho humano como um dos principais elementos do texto constitucional. O único ponto da atual redação da CRP que ainda menciona o socialismo é o preâmbulo, que foi mantido provavelmente com o fito de manter a lembrança histórica do momento revolucionário que culminou com a Carta de 1976.²³

Dentro desse contexto, tal como no Brasil, o intervalo para repouso e alimentação não recebe tratamento pormenorizado no âmbito da atual redação da Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976. Entretanto a temática é abordada, ainda que de forma a assegurar apenas uma diretriz a ser concretizada pela legislação ordinária, no artigo 59º da Carta Magna de Portugal, que assim preceitua (dispositivos correlacionados ao tema sob exame):

Artigo 59.º

Direitos dos trabalhadores

1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito:

mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras.” O art. 50º, por sua vez, indicava grande atenuação da garantir de propriedade privada, assim como a rejeição da livre iniciativa na economia: “A apropriação colectiva dos principais meios de produção, a planificação do desenvolvimento económico e a democratização das instituições são garantias e condições para a efectivação dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais.”

²³ CRP, Preâmbulo: “[...] A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno. [...]”

[...]

- b) A organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar;
- c) A prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde;
- d) Ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas;

Observe-se que o direito ao repouso é expressamente previsto no art. 59º, 1, “d”, da Constituição da República Portuguesa. Ao mesmo tempo, tal como no caso brasileiro, o texto constitucional de Portugal garante aos trabalhadores o direito ao labor em condições de higiene, segurança e saúde (art. 59º, 1, “c”, da CRP), o que, por certo, deve ser efetivado pela legislação ordinária e por meio de políticas públicas que visem tal desiderato. Do trecho citado, também se extrai uma diretriz mestra - da qual, inclusive, entende-se ser possível derivar praticamente todas as demais normas de proteção ao trabalho - que determina que a organização do trabalho deve se dar em condições socialmente dignificantes (art. 59º, 1, “b”, da CRP).

Não se pode perder de vista que, pela própria essência do instituto, o intervalo intrajornada para repouso e alimentação é um direito essencial para o resguardo da saúde e da segurança dos obreiros. A circunstância de estarmos lidando com o ordenamento jurídico português não altera essa conclusão que, enfim, é decorrente da própria lógica do instituto e das consequências intuitivamente danosas advindas da supressão do intervalo intrajornada para repouso e alimentação. Afinal, excetuadas jornadas de curta duração, é praticamente impossível se imaginar que um trabalhador consiga permanecer saudável trabalhando por oito horas seguidas sem nem mesmo ter condições de parar para se alimentar nesse interregno. Submeter, em jornadas a partir de determinada magnitude, o laborista a uma carga de trabalho ininterrupta ou com intervalos desproporcionalmente curtos, seria o mesmo que impor ao trabalhador uma condição laboral socialmente degradante (em que o trabalhador é desrespeitado e tratado como um fator de produção “desalmado”)

e prejudicial à sua saúde, higiene e segurança, em afronta ao que pretende a Constituição da República Portuguesa.

Mas qual seria o limite da negociação coletiva acerca dessa matéria? O art. 56º, 4, da CRP, delega à lei ordinária o papel de definir os contornos normativos da negociação coletiva:

Artigo 56.º

Direitos das associações sindicais e contratação coletiva

1. Compete às associações sindicais defender e promover a defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores que representem.

2. Constituem direitos das associações sindicais:

[...]

3. Compete às associações sindicais exercer o direito de contratação coletiva, o qual é garantido nos termos da lei.

4. A lei estabelece as regras respeitantes à legitimidade para a celebração das convenções coletivas de trabalho, bem como à eficácia das respetivas normas.

Verifica-se que a CRP não autoriza expressamente a negociação coletiva de trabalho a “passar por cima” dos direitos laborais previstos no próprio texto constitucional. Assim, não se vislumbra base constitucional para os instrumentos normativos firmados coletivamente violarem os direitos trabalhistas garantidos diretamente pela CRP, haja vista que nem ao estado nem a qualquer particular é lícito contrariar os direitos fundamentais, segundo se extrai do art. 18º da CRP.²⁴ Nesse sentido, logicamente não poderia a lei ordinária outorgar aos instrumentos coletivos poderes para afrontar normas constitucionais, haja vista que uma lei dessa natureza, por si só, estaria

²⁴ CRP, Artigo 18º (Força Jurídica): “1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

contrariando/esvaziando, ainda que de maneira reflexa, a distribuição de poderes e as garantias estipuladas pelo Texto Maior português.

Em outras palavras, as normas firmadas mediante negociação coletiva também não podem caminhar no sentido de impor o trabalho em condições socialmente degradantes ou atentatórias à saúde, à higiene e à segurança do trabalhador.

Avançando para a legislação ordinária, constata-se que Portugal concentra sua atual normatização sobre a matéria juslaboral no Código do Trabalho de 2009.

A respeito da legislação trabalhista ordinária portuguesa, Maria da Paz Campos Lima²⁵ explica que desde 2011, com o aprofundamento da crise portuguesa e a estipulação de medidas de austeridade pela denominada “Troika” (Comissão Europeia, Fundo Monetário Internacional e Banco Central Europeu), o Código do Trabalho sofreu diversas alterações de ordem neoliberal, de modo a flexibilizar as regras trabalhistas, reduzir a proteção à dispensa dos trabalhadores e mesmo impedir negociações coletivas mais favoráveis aos trabalhadores do que o disposto em lei em determinados temas. A autora salienta que esse movimento passa a ser revertido ou ao menos atenuado a partir de 2015, com o fim da imposição de medidas pela “Troika”.

Jorge Leite,²⁶ na mesma linha de Maria da Paz Campos Lima, lista com mais detalhes as diversas alterações flexibilizantes estabelecidas no Código do Trabalho de Portugal, merecendo destaque a previsão de aceitação tácita do trabalhador, por ausência de oposição em determinado prazo, do regime de banco de horas, por exemplo.

Guilherme Dray,²⁷ inclusive, ressalta a importância do Tribunal

²⁵ LIMA, Maria da Paz Campos. A reconfiguração das relações laborais e da negociação coletiva no quadro da austeridade neoliberal: o caso português. *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, Espanha, n. 2/2016, P. 33-55, 2019, passim.

²⁶ LEITE, Jorge. A reforma laboral em Portugal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, Portugal, v. 3, n. 3, oct. 2013, passim..

²⁷ DRAY, Guilherme. Direitos fundamentais e retrocesso social: o sentido do Direito do Trabalho, a experiência portuguesa e o caso brasileiro. *Revista do Tribunal Superior do*

Constitucional português na manutenção do fundamento axiológico do Direito do Trabalho (princípio da proteção do trabalhador) ao apontar os casos em que aludida Corte barrou algumas das principais medidas de flexibilização estipuladas pela Lei n. 23/2012, que alterou o Código do Trabalho de 2009 (tentativa de facilitação da dispensa dos trabalhadores e de impedir que as normas coletivas dispusessem de forma mais favorável do que a legislação estatal em relação a folgas compensatórias por trabalho suplementar prestado em dia útil, em dia de descanso semanal complementar ou em feriado e em relação a férias anuais).

Dentro desse panorama, o Código do Trabalho de Portugal, em seu artigo 213º, regula o intervalo para descanso (análogo ao que no Brasil é denominado intervalo para repouso e alimentação):

Artigo 213.º

Intervalo de descanso

1 - O período de trabalho diário deve ser interrompido por um intervalo de descanso, de duração não inferior a uma hora nem superior a duas, de modo a que o trabalhador não preste mais de cinco horas de trabalho consecutivo, ou seis horas de trabalho consecutivo caso aquele período seja superior a 10 horas.

2 - Por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, pode ser permitida a prestação de trabalho até seis horas consecutivas e o intervalo de descanso pode ser reduzido, excluído ou ter duração superior à prevista no número anterior, bem como pode ser determinada a existência de outros intervalos de descanso.

3 - Compete ao serviço com competência inspetiva do ministério responsável pela área laboral, mediante requerimento do empregador, instruído com declaração escrita de concordância do trabalhador abrangido e informação à comissão de trabalhadores da empresa e ao sindicato representativo do trabalhador em causa, autorizar a redução ou exclusão de intervalo de descanso, quando tal se mostre favorável ao interesse do trabalhador ou se justifique pelas condições particulares de trabalho de certas atividades.

4 - Considera-se tacitamente deferido o requerimento a que se refere o

número anterior que não seja decidido no prazo de 30 dias.

5 - Não é permitida a alteração de intervalo de descanso prevista nos números anteriores que implicar mais de seis horas de trabalho consecutivo, exceto quanto a atividades de pessoal operacional de vigilância, transporte e tratamento de sistemas eletrónicos de segurança e indústrias em que o processo de laboração não possa ser interrompido por motivos técnicos e, bem assim, quanto a trabalhadores que ocupem cargos de administração e de direção e outras pessoas com poder de decisão autónomo que estejam isentos de horário de trabalho.

6 - Constitui contraordenação grave a violação do disposto nos n.os 1 e 5. (Redação dos números 1, 4 e 6 dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, passando o anterior n.º 4 a n.º 5)

Francisco Liberal Fernandes²⁸ ajuda a compreender o dispositivo. O autor salienta o que já foi demonstrado desde o início do presente escrito, qual seja, que o n. 1 do art. 213º do Código do Trabalho de Portugal (CTP), ao garantir o gozo de intervalo para repouso e alimentação, consagra regras relacionadas com a tutela da segurança e saúde dos trabalhadores: a obrigatoriedade da interrupção do trabalho diário (ou o princípio da limitação da duração consecutiva do período normal de trabalho), a sua duração e a natureza indisponível do seu gozo.

Destaque-se que a legislação portuguesa (art. 213º, 1, do CTP) define, ao contrário da legislação brasileira (omissa, no particular), o limite para o início do gozo do intervalo intrajornada para repouso e alimentação no curso da jornada de trabalho. Assim, o intervalo para descanso deve ser gozado, no máximo, após cinco horas de trabalho consecutivo (preferencialmente deve ser usufruído antes disso, já que a lei expressamente veda mais de cinco horas de trabalho consecutivo sem intervalo) ou, no caso de jornada diária superior a dez horas, deve ser gozado, no máximo, após seis horas de trabalho consecutivo (preferencialmente deve ser usufruído antes disso, já que a lei expressamente veda, nesse caso específico, mais de seis horas de

²⁸ FERNANDES, Francisco Liberal. *O trabalho e o tempo: comentário ao Código do Trabalho*. Porto (Portugal): Universidade do Porto, 2019, p. 229.

trabalho consecutivo sem intervalo). Do mesmo dispositivo, é possível se inferir que, como o intervalo para descanso só é imperativo após cinco horas de jornada contínua, é lícito que jornadas diárias de até cinco horas de trabalho sejam laboradas sem o intervalo para repouso e alimentação.

Destaque-se que o art. 213º, 2, do CTP, confere à negociação coletiva ampla disponibilidade sobre a matéria, prevendo que pode ser permitida a prestação de trabalho até seis horas consecutivas sem intervalo (vale lembrar que a regra geral do n. 1 do artigo é que o intervalo seja gozado após, no máximo, decorridas cinco horas de trabalho contínuo) e que o intervalo de descanso pode ser reduzido, excluído ou ter duração superior à prevista no número 1. O dispositivo ainda menciona que a negociação coletiva pode estabelecer a existência de outros intervalos de descanso (o que, a rigor, sequer precisaria ser mencionado expressamente, pois a possibilidade de criação de novos intervalos, desde que feita com razoabilidade, decorreria da própria autonomia negocial coletiva).

Focando no intervalo intrajornada para repouso e alimentação, o único “limite” claramente estipulado à negociação coletiva é aquele previsto no n. 5 do mesmo artigo 213º, qual seja, a vedação da “alteração de intervalo de descanso prevista nos números anteriores que implicar mais de seis horas de trabalho consecutivo” e, mesmo assim, essa proibição é repleta de exceções, como se pode extrair do teor da norma (citado mais acima).

O item 3 do art. 213º do CTP, por sua vez, apresenta a possibilidade de flexibilização do intervalo para descanso por meio de uma espécie de acordo individual homologado pela autoridade de fiscalização laboral, observados os seguintes requisitos: a) apresentação de requerimento do empregador, instruído com declaração escrita de concordância do trabalhador abrangido e informação à comissão de trabalhadores da empresa e ao sindicato representativo do trabalhador em causa; b) decisão do serviço com competência inspetiva do ministério responsável pela área laboral no sentido de autorizar a redução ou exclusão de intervalo de descanso, quando tal se mostre favorável ao

interesse do trabalhador ou se justifique pelas condições particulares de trabalho de certas atividades. O art. 213º, 4, do CTP, menciona que se considera tacitamente deferido o requerimento a que se refere o número 3 que não seja decidido no prazo de 30 dias (apesar do ideal “desburocratizante”, o deferimento automático de flexibilização em matéria envolvendo saúde e segurança do trabalhador parece violar a proteção instituída pelo art. 59º, 1, “c”, da Constituição da República Portuguesa).

Entretanto esse item 3 do art. 213º do CTP pode ser perfeitamente aproveitável para indicar as diretrizes a serem observadas para tornar válida uma negociação coletiva flexibilizadora do intervalo para descanso, uma vez que, afinal, este é uma norma de saúde e segurança e não pode ser aleatoriamente suprimida total ou parcialmente. Assim, a melhor exegese sistemática é aquela que indica que a redução ou exclusão de intervalo de descanso, mesmo por meio de negociação coletiva, só é possível quando tal providência se mostrar favorável ao interesse do trabalhador ou se justificar pelas condições particulares de trabalho de certas atividades. Inclusive, o “interesse do trabalhador” não pode justificar, em hipótese alguma, submetê-lo a maiores riscos, de modo que sua vontade só deve ser reputada válida até o limite em que não lhe cause prejuízos efetivos ou potenciais a sua saúde e segurança. Por outro lado, deve-se entender que as “condições particulares de trabalho de certas atividades” são aquelas que podem ser flexibilizadas justamente por não causar prejuízos à saúde e à segurança dos trabalhadores.

Nesse sentido, Francisco Liberal Fernandes²⁹ apresenta importantes ponderações que merecem integral transcrição:

2. O carácter excepcional da dispensa do intervalo de descanso está relacionado com a necessidade de proteger o trabalhador contra a realização contínua de actividade durante períodos demasiado longos. Para tanto, dever-se-á atender ao grau de esforço habitualmente despendido na jornada de trabalho e avaliar se, perante tais condições,

²⁹ FERNANDES, Francisco Liberal. *O trabalho e o tempo*: comentário ao Código do Trabalho. Porto (Portugal): Universidade do Porto, 2019, p. 232.

é ou não exigível a um trabalhador médio o cumprimento ininterrupto de uma prestação, muito embora a continuidade da actividade laboral seja susceptível de ter reflexos negativos a nível da saúde do trabalhador e da segurança da empresa.

A redução ou supressão do intervalo de descanso será da conveniência do trabalhador se as circunstâncias (pessoais, familiares, etc.) em que se encontre revelarem objectivamente que tal diminuição é do seu interesse. Por outro lado, será justificada pelas condições particulares de trabalho sempre que, pela forma como a actividade laboral é prestada ou se encontra organizada, se conclua, segundo um critério de razoabilidade, que a necessidade de repouso é ténue ou despidianda, a tal ponto que a sua não concessão não envolve riscos para a saúde e integridade do trabalhador ou para a segurança da empresa. Tal será o caso, por exemplo, quando o trabalho é intermitente — em que se verificam intervalos significativos, durante os quais não há prestação efectiva de trabalho, muito embora integrem o período normal de trabalho —, ou quando a prestação é realizada através da simples presença no local de trabalho (actividade de controlo ou de custódia).

Assim, não há outra saída que não seja estipular condicionantes para a flexibilização do intervalo para descanso via negociação coletiva. Essa é a única maneira de garantir o desiderato da Constituição Portuguesa de trabalho digno e em condições de saúde, higiene e segurança. Salienta-se que a circunstância de a negociação coletiva abranger, a princípio,³⁰ apenas os filiados do sindicato respectivo,³¹ em nada modifica a impossibilidade de o instrumento firmado estipular normas que contrariem o estabelecido na Constituição Portuguesa.

Diante do que foi apresentado, firma-se posição no sentido de que, segundo o ordenamento jurídico português, é sim possível a flexibilização, por meio de negociação coletiva, das estipulações

³⁰ Fala-se “a princípio”, pois existe a possibilidade de adesão de outras entidades ao instrumento, extensão da norma coletiva para outros empregadores e trabalhadores e, em determinadas hipóteses, de opção do trabalhador não filiado às disposições do instrumento coletivo.

³¹ Código do Trabalho de Portugal, art. 496º, 1: “A convenção coletiva obriga o empregador que a subscreve ou filiado em associação de empregadores celebrante, bem como os trabalhadores ao seu serviço que sejam membros de associação sindical celebrante.”

legais acerca do intervalo para repouso e alimentação, desde que as alterações: não impliquem em condições de trabalho violadoras da dignidade, da saúde e da segurança do trabalhador; e se mostrem favoráveis ao interesse do trabalhador ou se justifiquem pelas condições particulares de trabalho de certas atividades.

5. Comparação entre o intervalo intrajornada para repouso e alimentação no Brasil e em Portugal

Após a análise individualizada dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, podem ser apontadas as seguintes semelhanças e diferenças no que diz respeito ao intervalo para repouso e alimentação e sua possibilidade de flexibilização por meio de negociação coletiva:

a) No Brasil existe uma regra geral (intervalo para repouso e alimentação de uma a duas horas) para jornadas superiores a seis horas que equivale à regra portuguesa (que também estabelece o intervalo como sendo de uma a duas). Porém Portugal não estabelece, em lei, um intervalo inferior para jornadas entre quatro e seis horas, dando, na verdade, a entender, como regra geral, que não seria necessária a concessão de intervalo para jornada de cinco horas e que, extrapolado tal marco, seria devido o intervalo geral (de uma a duas horas). Por outro lado, o Brasil estipula um intervalo de quinze minutos no caso de laboristas sujeitos a jornadas entre quatro e seis horas;

b) Ao contrário da legislação brasileira (omissa, no particular), a legislação portuguesa estabelece o limite para o início do gozo do intervalo intrajornada para repouso e alimentação no curso da jornada de trabalho. Assim, o intervalo para descanso deve ser gozado, no máximo, após cinco horas de trabalho consecutivo (preferencialmente deve ser usufruído antes disso, já que a lei expressamente veda mais de cinco horas de trabalho consecutivo sem intervalo) ou, no caso de jornada diária superior a dez horas, deve ser gozado, no máximo, após seis horas de trabalho consecutivo (preferencialmente deve ser usufruído antes disso, já que a lei expressamente veda, nesse caso específico, mais de seis horas de trabalho consecutivo sem intervalo);

c) A legislação ordinária brasileira autoriza, via negociação coletiva: a supressão total ou parcial do intervalo para repouso e alimentação

dos trabalhadores sujeitos a jornadas de até seis horas diárias; a supressão parcial em relação às jornadas superiores a seis horas, desde que garantido o mínimo de trinta minutos de intervalo; a majoração do intervalo para repouso e alimentação para além dos limites estipulados em lei. A legislação de Portugal, por sua vez, autoriza, via negociação coletiva: que a jornada de trabalho sem intervalo seja de seis horas diárias; a supressão total ou parcial do intervalo para repouso e alimentação; a majoração do intervalo para repouso e alimentação para além dos limites estipulados em lei;

d) Apesar de a legislação portuguesa conferir maior amplitude aos limites da negociação coletiva sobre intervalo para repouso e alimentação, autorizando, sem maiores ressalvas, sua supressão total, é possível construir, a partir da Constituição da República Portuguesa e do próprio Código do Trabalho, uma interpretação que imponha limites a flexibilizações nessa seara, garantindo, assim, condições de dignidade, saúde e segurança do trabalhador. De igual modo, no caso brasileiro, a interpretação do texto atualmente previsto na Consolidação das Leis do Trabalho em conformidade com a Constituição Federal faz nascer uma exegese razoável e que também evita prejuízos à saúde e à segurança dos laboristas.

Diante de tudo que já foi mencionado, já é possível avançar para a conclusão.

6. Conclusão

A análise comparativa entre o Direito do Trabalho brasileiro e português evidencia que ambos os países estão em situação análoga no que diz respeito ao tratamento normativo conferido ao intervalo intrajornada para repouso e alimentação e sua possibilidade de flexibilização via negociação coletiva.

Nesse sentido, constatou-se que a hipótese encampada no início do escrito se mostrou equivocada, pois não é possível afirmar que o Direito Português é mais protetivo que o brasileiro em matéria de

intervalo intrajornada para repouso e alimentação, já que permite, até em maior amplitude que o Brasil, negociações coletivas potencialmente prejudiciais aos trabalhadores.

Vale apontar, no entanto, que, conforme se demonstrou ao longo do trabalho, a interpretação sistemática e conforme a Constituição da República, tanto no Brasil quanto em Portugal, faz com que as tentativas do legislador ordinário de garantir a ampla flexibilização do intervalo para repouso e alimentação sejam significativamente atenuadas ou condicionadas de modo a preservar a saúde, a segurança e a dignidade dos trabalhadores de ambos os países.

A comparação entre a situação jurídicas de Brasil e de Portugal evidenciou, também, que a tentativa de flexibilização das normas protetivas trabalhistas vem ganhando corpo em diversas nações, não sendo um fenômeno restrito aos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. Por outro lado, restou evidenciada a importância da Constituição da República para a preservação da essência do Direito do Trabalho nos estados nacionais em que o direito dos trabalhadores vem sendo mitigado pelo legislador ordinário.

Referências

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado*. 2 ed. Lisboa: Meridiano, 1978.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16 ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2018.

DRAY, Guilherme. Direitos fundamentais e retrocesso social: o sentido do Direito do Trabalho, a experiência portuguesa e o caso brasileiro. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 83, n. 3, p. 82-113, jul/set 2017.

FERNANDES, Francisco Liberal. *O trabalho e o tempo: comentário ao Código do Trabalho*. Porto (Portugal): Universidade do Porto, 2019.

LEITE, Jorge. A reforma laboral em Portugal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, Portugal, v. 3, n. 3, oct. 2013. ISSN 2184-

1020. Disponível em: <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/3880>. Acesso em: 29 out. 2019.

LIMA, Maria da Paz Campos. A reconfiguração das relações laborais e da negociação coletiva no quadro da austeridade neoliberal: o caso português. *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, Espanha, n. 2/2016, P. 33-55, 2019. ISSN: 2445-2823.

MEIRELES, Edilton. *A Constituição do Trabalho: o trabalho nas constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOREIRA, Priscila Soeiro. *A negociação coletiva e o intervalo intrajornada*. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-26092011-142122/pt-br.php>. Acesso em: 9 set. 2019.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2 ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

TUMA, Márcio Pinto Martins. *Ampliação do intervalo intrajornada – um dano existencial*. 2 ed. São Paulo, LTr, 2016.

Capítulo 02

Negociação coletiva: um estudo do modelo chileno, em razão de sua provável alternativa para o Brasil

Francisco Gérson Marques de Lima¹

Sumário: 1. A iminência da pluralidade sindical no Brasil; 2. Síntese do modelo de negociação coletiva no Brasil; 3. Taxa de cobertura das negociações coletivas; 4. Negociação coletiva no Chile; 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo: O Chile adota a pluralidade sindical e a negociação coletiva por empresa, o que cria uma descentralidade exacerbada, com modesta taxa de cobertura aos trabalhadores. Este modelo, no entanto, estimulado por uma política econômica ultraliberal, tem inspirado os economistas brasileiros, que pretendem implantar as mesmas bases trabalhistas do Chile. Sucede que a práxis da negociação por empresa não é inteiramente compatível com o Brasil, um país continental e de mais de 4,45 milhões de empresas. Este estudo compara os modelos sindicais desses dois países, que servem de experiência para a implantação da doutrina econômica ultraliberal de *Chicago Boys*.

Palavras-chave: Sindicatos. Negociação coletiva. Brasil e Chile. Modelos comparados.

Abstract: Chile adopts union plurality and collective bargaining by company, which creates an exacerbated decentralization, with a modest coverage rate for workers. However, this model, stimulated by an ultraliberal economic policy, has inspired Brazilian economists, who intend to establish the same labor bases as Chile. It follows that the praxis of trading per company is not fully compatible with Brazil, a continental country and more than 4.45 million companies. This study compares the union models of these two countries, which serve as experience for the implementation of *Chicago Boys*' ultraliberal economic doctrine.

Keywords: Unions. Collective bargaining. Brazil and Chile. Compared models.

¹ Doutor, Professor na UFC, Procurador Regional do Trabalho, tutor do GRUPE-Grupo de estudos em Direito do Trabalho, membro fundador da Academia Cearense de Direito do Trabalho. Email: fgersonmarques@yahoo.com.br.

1. A iminência da pluralidade sindical no Brasil

Novamente paira no Brasil o tema da pluralidade sindical, em possível revogação do inc. II do art. 8º, da Constituição Federal de 1988, que institui o regime de unicidade. Ao que tudo indica, o Governo está convencido de que a unicidade não atende mais à realidade trabalhista brasileira, que deve ser “modernizada”. Tal mudança, caso realizada efetivamente, implicará em alterar o modelo de negociação coletiva e as bases da representação sindical, trazendo para o centro outra questão pouco explorada, a representatividade.

A Convenção 87-OIT – referente à liberdade sindical e, dentro dela, à pluralidade sindical – é uma das convenções fundamentais da OIT, tendo sido ratificada por 155 países, até o fechamento deste artigo. Conforme se percebe do site da OIT, quase todos os países das Américas a ratificaram. Na América do Sul, ratificaram-na onze dos doze países: Argentina (1960), Bolívia (1965), Chile (1999), Colômbia (1976), Equador (1967), Guiana (1967), Paraguai (1962), Peru (1960), Suriname (1976), Uruguai (1954) e Venezuela (1982). O Brasil é o único país que ainda não a ratificou.

Considerando a iminência de substituição da unicidade pela pluralidade e as consequências que isto traria à *práxis* brasileira, este artigo se circunscreve à sistemática e aos impactos no modelo de negociação coletiva. E, de fato, as negociações coletivas se comportam muito diferentemente nos modelos de unicidade e de pluralidade, bem ainda conforme o grau de centralização ou de descentralização. Calha, então, estudar como essas mudanças poderiam se operar em um país de política econômica similar ao Brasil, a fim de subsidiar as discussões que surgirão nos próximos meses ou anos.

Para tanto, a pesquisa traz a lume a previsão normativa do Chile, porque as mudanças implementadas na economia e nas relações de trabalho do Brasil, pelo Governo atual, são inspiradas no modelo adotado há alguns anos naquele país, o qual implementou a pluralidade sindical, a organização sindical por empresa (incluída a

interempresarial) e a negociação coletiva descentralizada, realizada por empresas e restrita aos trabalhadores filiados ao sindicato conveniente.

Sabe-se, que o sistema de negociação coletiva e sua efetividade estão estritamente ligados ao modelo sindical, influenciando nas características estruturais do sindicalismo. Então, mudar o modelo sindical significa mudar, também, a sistemática das negociações coletivas. Nos regimes de pluralidade, por exemplo, é frequente a constituição de sindicatos por empresas, os quais representam e negociam apenas em favor dos filiados; logo, isto repercutirá nas negociações coletivas, em face da estreiteza dos instrumentos coletivos, que poderão ser estabelecidos em empresas de pequeno porte e com número reduzido de trabalhadores, mas, por outro lado, a legislação dispõe de mecanismos que possibilitam cláusulas coletivas mais amplas, como os acordos setoriais, regionais e nacionais, além de fórmulas de extensão do acordado para outros trabalhadores; abre-se margem, também, para as negociações coordenadas ou as realizadas por grupos de sindicatos profissionais em face da representação patronal.

O presente estudo considera a legislação do Chile e a doutrina que a comenta, donde se inferir que a pesquisa é bibliográfica. O método comparativo também a orienta, no cotejo pontual entre Chile e Brasil. Segue, ademais, uma abordagem crítica, considerando a análise sobre os efeitos que o modelo chileno poderia acarretar à realidade brasileira, caso adotados pela legislação pátria os marcos daquele sistema.

Como o título deste trabalho sugere, a análise não considera toda a regulamentação das relações de trabalho, mas, apenas, as negociações coletivas. Importa, outrossim, verificar a cobertura aos trabalhadores das cláusulas negociadas coletivamente, a fim de se iniciar um parâmetro de investigação dos benefícios ou malefícios da pluralidade e da unicidade.

2. Síntese do modelo de negociação coletiva no Brasil

A Constituição Federal de 1988, do Brasil, adota a unicidade sindical e a representação sindical por categoria. Isto confere amplitude à representação sindical, que repercute na negociação coletiva. Em tese, a combinação de (a) técnicas de representação por sindicato único e (b) representação não só dos filiados, mas de todos da categoria, tende a conferir grande poder ao sindicalismo, especialmente se compreendermos que (c) o Brasil adotava, até 2017, uma fonte obrigatória de financiamento por todos da categoria. No entanto, os sindicatos foram enfraquecidos logo no primeiro ataque ultraliberal, que lhe retirou a contribuição obrigatória, fazendo-o repensar sobre a amplitude das negociações coletivas, havendo quem defenda que ela deva se restringir somente aos filiados. A Reforma Trabalhista de 2017 comprometeu seriamente as negociações coletivas, fazendo despencar o número de instrumentos coletivos firmados e as conquistas trabalhistas que os sindicatos alcançavam nos pactos que firmavam. Na verdade, ditas conquistas estão sendo retiradas não apenas pelo legislador, mas pelos instrumentos coletivos, que se mostram cada dia mais difíceis de ser celebrados.

Alfredo Ruprecht chama atenção para a confusão que muitas vezes se faz entre a negociação coletiva e o seu resultado (acordo ou convenção coletiva, ou outra modalidade de acerto). Esclarece o autor que pode haver uma negociação coletiva que consista simplesmente em uma troca de informações, de conhecimento da posição das partes etc.² Na verdade, o processo de negociação coletiva nem sempre é frutífero, porquanto as partes podem, ao final, não chegarem a acordo algum. De sua vez, não é uma simples provocação de uma parte e/ou a resposta da parte contrária que caracteriza a ocorrência da negociação. É preciso que existam, de fato, atos que impliquem a instauração do processo negocial e o envolvimento dos interlocutores, com propostas e contrapropostas, numa ambiência dialética e dialogal.

² RUPRECHT, Alfredo J. *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 270. No mesmo sentido: PRADO, R. Barretto. *Curso de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1991, p. 248.

A legislação brasileira é bastante aberta sobre o processo de negociação, quase nada regulamenta. De fato, não há um rito processual a ser observado nas negociações coletivas, ficando para as entidades convenientes se ajustarem conforme suas conveniências. De todo modo, pode-se assegurar que o modelo de negociação combina os acordos coletivos por empresas e as convenções coletivas por categorias, instrumentos estes que podem ter validade de até dois anos, vedada a ultratividade de suas cláusulas. Quando não houver entidade sindical ou na recusa do que represente a categoria, os trabalhadores poderão instituir comissão para firmarem acordo coletivo com a empresa (art. 617, CLT). Segundo dispõe o art. 620, CLT, os acordos coletivos prevalecerão sobre as disposições da convenção coletiva e, ambos, sobre a lei (art. 611-A, CLT). Caso a negociação coletiva não chegue a bom termo, as partes poderão ajuizar dissídio coletivo no tribunal do trabalho, se houver comum acordo em judicializar o conflito (art. 114, § 2º, CF).

Datada de 1943, a CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, na grande maioria dos dispositivos referentes à organização sindical, o que tem gerado muita discussão no Judiciário. Com a mudança de Governo, em 2019, a CLT vem passando por inúmeras alterações pontuais, com forte inspiração no modelo econômico adotado no Chile. Uma das modificações que se aponta para muito em breve será a implementação de uma profunda Reforma Sindical, que vem gerando apreensão e antecipação de projetos legislativos, ora pelas Centrais, ora pelas Confederações. Com a modificação na organização sindical, certamente haverá, também, alteração na sistemática das negociações coletivas e, quem sabe, uma regulamentação dos processos negociais.

3. Taxa de cobertura das negociações coletivas

Sabe-se que a América Latina tem centralizado as negociações coletivas por empresa (exceções feitas a Uruguai e Argentina) e, no

geral, a taxa de cobertura das cláusulas normativas é geralmente baixa. São dados comparativos, principalmente, com os países de cultura de liberdade sindical e de democracia nas relações de trabalho.

Considere-se, por exemplo, que os modelos de negociação variam conforme o grau de intervenção legislativa, o que *a priori* não pode ser apontado propriamente como bom ou ruim, já que a prática da lei é que pode torná-la positiva ou negativa. A Argentina possui elevado grau de normatização pelo Poder Público dos mecanismos de negociação, ao passo que Uruguai e, mais além, Itália adotam modelos mais abertos, com grande nível de autonomia na regulação das relações coletivas e alta abstenção legislativa. Todos estes países adotam a pluralidade sindical e possuem altas taxas de negociação coletiva. Sergio Gamonal Contreras e Pablo Arellano Ortiz defendem que haja um comedimento na regulação estatal, de forma ponderada, sem uma regulação minuciosa, mas, também, sem total absentismo.³

Há mecanismos que proporcionam uma maior centralização negocial no duplo tratamento dado às negociações, por exemplo: (a) pela *negociação coletiva articulada*, na qual os acordos obtidos em estruturas superiores deixam “janelas” específicas para ser colmatadas nos acordos em nível de empresa ou de território, conforme demonstra o modelo espanhol; e (b) pela *negociação coletiva em duas etapas*, que permite a negociação coletiva de um mesmo tema em mais de um nível negocial, de modo que a negociação primária (centralizada, portanto) fixa um primeiro nível de direitos laborais em acordos nacionais ou setoriais, mas permitindo que sobrevenha, em um segundo momento, o tratamento da mesma matéria por estruturas menos centralizadas, gerando, de certa forma, um efeito cascata, cuja definição da norma a prevalecer pode ser resolvida pelo critério da especificidade, pelo temporal ou, mesmo, pelo da norma mais favorável, observando-se o conglobamento ou a prevalência pontual de cada cláusula individual (teoria da acumulação). A negociação coletiva em duas etapas (ou

³ CONTRERAS, Sergio Gamonal, ORTIZ, Pablo Arellano. Negociación colectiva, autonomía y abstención legislativa. In https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000300173, acessado em 30.10.2019.

two-stage wage setting) é mais apropriada para países de elevada heterogeneidade produtiva ou de dimensões continentais.

Num mundo de desregulamentação ou de regulamentação mínima das relações de trabalho, cabe às negociações coletivas estabelecer direitos e deveres entre trabalhadores e empregadores, suprimindo a lacuna deixada pelo Estado. É uma forma de regulamentação autônoma, privada, que se dá mediante a participação das entidades coletivas. Em tais situações, as normas coletivas podem estabelecer regras procedimentais a ser seguidas nas negociações coletivas, ante o absenteísmo estatal.

Mas, será que as negociações coletivas de fato alcançam todos os trabalhadores? A pergunta é pertinente, porque a regulamentação por norma estatal é, sem dúvida, muito mais geral (*rectius*, mais abrangente) do que as normas coletivas. Ademais, a resposta importa, também, para analisar se a mudança da unicidade para a pluralidade, como se pretende no Brasil, implicará em maior ou menor proteção e cobertura normativa dos trabalhadores.

Nos regimes de pluralidade – os quais, coincidentemente, possuem sindicatos com âmbito de representação de baixa abrangência –, a negociação coletiva tende a ser restrita a trabalhadores formais. Isto tem a consequência de deixar a descoberto os trabalhadores *informais*, os que trabalham por *conta própria* e os *não filiados*. Estes são três nichos de dimensões consideráveis e que estão em franca ascensão, em detrimento do número de empregados, que decaem por força das transformações no mundo do trabalho, tanto econômicas quanto tecnológicas. No Brasil, segundo dados do IBGE/Pnad Continua (31.07.2019), 24,1 milhões de trabalhadores laboram por conta própria; da população ocupada, 38,15% vive na informalidade. Da mão-de-obra empregada, a média de filiação a entidades sindicais é de 16% (logo, 84% dos trabalhadores não são filiados); conforme informações do Ministério do Trabalho, em 2017, eram filiados apenas 4,8 milhões de trabalhadores. Os estudos do IBGE/Pnad Continua (2019) revelaram que a força de trabalho no Brasil (entre ocupados e desocupados) é de 106,1 milhões, mas, a taxa de desocupação revela 12% (12,8 milhões)

de mão-de-obra desocupada, e 4,4% (4,87 milhões) é de desalentados, trabalhadores que desistiram de procurar trabalho.

Mudadas as relações de trabalho no mundo todo e, de resto, os vínculos sindicais, também as negociações coletivas vêm sofrendo impactos, tanto na estrutura negocial quanto no objeto, em todos os países. Embora as negociações sobre reajustes salariais e condições de trabalho continuem sendo a tônica dos instrumentos coletivos, atualmente outros temas têm ganhado relevo nas cláusulas buscadas, como a igualdade laboral entre homens e mulheres, a capacitação profissional, o combate ao trabalho precário, o tratamento à terceirização e o asseguramento de empregos.

Estudos da OIT, de 2013, mostram que o Brasil se encontrava na 15ª posição de 75 países com elevada taxa de cobertura das negociações coletivas dos assalariados e do total de ocupados. A cobertura chegava a cerca de 65% dos assalariados e a 42% dos trabalhadores em geral.⁴ Justifica este patamar de abrangência negocial, de resultados positivos, uma série de fatores, como o modelo brasileiro de representação ampla (de toda a categoria) e a unicidade sindical. Deveras, as convenções coletivas alcançam, por força do art. 8º, II, da Constituição Federal, *todos* os trabalhadores da *categoria* representada pelo sindicato, que é único. Tanto assim, que a taxa de cobertura acusada nesses dados, quanto ao Brasil, foi elevada (na casa dos 65%), ao passo que a taxa de sindicalização foi inferior a 20%. O mesmo estudo da OIT revela que a Uruguai ficou com a terceira posição na taxa de cobertura da negociação coletiva (cerca de 95% dos assalariados), França com a segunda posição (quase 100% dos assalariados), Itália com a 10ª posição (cerca de 80% dos assalariados), Espanha com a 11ª posição (cerca de 78% dos assalariados), Alemanha com a 20ª posição (menos de 60% dos assalariados), Argentina com a 27ª (pouco mais de 40% dos assalariados), Chile com a 44ª posição (menos de 20% dos assalariados) e Peru com a 72ª posição (menos de 5% dos assalariados).

⁴ OIT, Relaciones laborales y negociación colectiva; Nota Breve nº 01, in https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_461330.pdf, acessado em 06.11.2019).

A diferença entre estas taxas de cobertura, a assalariados e a outras modalidades de trabalhadores, pode se modificar consideravelmente a depender da organização do trabalho em cada país e conforme o funcionamento e a prevalência da economia informal. Com efeito, nos países em que os trabalhos autônomo e informal sejam prevaletentes, verifica-se uma menor cobertura da representação sindical e, logo, uma abrangência negocial mais restrita. É que, no geral, os sindicatos representam somente os empregados, o que implica em trabalho formal e subordinado.

No estudo referido, da OIT, revela-se que as altas taxas de cobertura não decorrem, necessariamente, das elevadas taxas de filiação. Note-se que o índice de filiação, na França, é inferior a 10% (menor do que no Brasil), mas a taxa de cobertura é muito maior (quase 100% dos assalariados); os países baixos possuem taxas de filiação similares às do Brasil, mas a taxa de cobertura é cerca de 85% dos assalariados. Por outro lado, a taxa de sindicalização em momento algum é superior à taxa de cobertura, em nenhum país. O mesmo estudo da OIT esclarece:

“Embora estas duas taxas geralmente evoluam juntas, cabe observar disparidades significativas, por exemplo, entres países que contam com uma elevada cobertura da negociação coletiva e taxas de densidade baixas no referente à sindicalização (por exemplo, França) e países caracterizados por altas taxas de densidade de sindicalização e taxas baixas de cobertura da negociação coletiva (por exemplo, Moldova, Filipinas, El Salvador e Malásia). Em 13 países, a densidade de sindicalização ultrapassa a cobertura da negociação e em cerca da metade destes país isso se dá por uma ampla margem. Quatro fatores explicam este fenômeno. Em primeiro lugar, os erros de medição ocasionados pelos atrasos administrativos na comunicação de dados sobre o número de membros sindicalizados, os erros sobrevividos da informação e a existência de diferentes fontes podem deformar o panorama real. Por exemplo, os dados relativos à Federação da Rússia são mais completos e detalhados quando se trata de membros sindicalizados (o que inclui os dados sobre trabalhadores filiados a sindicatos minoritários), que os relativos à cobertura da negociação, que incluem unicamente os contratos coletivos subscritos pelos sindicatos membros da federação predominante. Em segundo lugar,

os trabalhadores sindicalizados podem encontrar-se concentrados nos serviços públicos, serviços em que é possível utilizar métodos distintos daqueles aos se recorre para negociar coletivamente (por exemplo, a consulta a órgãos do serviço público), para determinar as condições de emprego. Em terceiro lugar, os sindicatos podem considerar que suas principais funções são o *lobby* político e a administração da seguridade social, e não a negociação coletiva. Por último, os empregadores podem resistir em negociar coletivamente e cabe a possibilidade de que para os sindicatos resulte difícil conseguir as maiorias que exige o reconhecimento dos objetivos da negociação coletiva e conservar ao mesmo tempo seus membros” (OIT, Nota Breve nº 01, cit., tradução livre).

Nos sistemas de pluralidade sindical, a representação dos sindicatos é restrita aos filiados, mesmo que haja válvula permissiva a que os não filiados possam se beneficiar das cláusulas normativas se pagarem uma taxa negocial, fixada no instrumento coletivo de trabalho, a chamada quota sindical ou “clausula de seguridade sindical”, no linguajar da OIT. Caindo a representação sindical, de *toda a categoria* para *apenas os filiados*, naturalmente haverá uma tendência de queda da taxa de abrangência da negociação coletiva.

Anote-se que o índice de filiados no Brasil é, em média, 16% dos trabalhadores formais, o que significa que 84% não são filiados. São números apontados pelo IBGE, em 2015, revelando uma baixa representatividade sindical.⁵ Então, se a negociação coletiva fosse restrita aos filiados deixaria a descoberto a grande maioria dos trabalhadores, mesmo considerando apenas os formais. Observe-se, ainda, que pesquisa do IBGE de 2014 apontava que 39% dos

⁵ O Brasil adota o modelo de sindicato único na mesma base territorial (art. 8º, II, CF), sendo que os sindicatos representam toda a categoria, não apenas os filiados. Este sistema de unicidade com representação categorial ampla abstrai os efeitos jurídicos de *representatividade*. Nos modelos pluralistas, entretanto, a realidade é diferente. Segundo Campos Batalha, “a pluralidade sindical consiste na permissão de várias entidades, na mesma base territorial, exercerem a representação da mesma categoria, disputando-se qual o sindicato mais representativo, ou as condições para uma participação proporcional na representação da categoria” (BATALHA, W.S.C. *Sindicatos, sindicalismo*. São Paulo: LTr, 1992, p. 83).

trabalhadores não eram empregados; e que apenas 57,9% dos que se intitulavam empregados possuíam carteira de trabalho assinada. São números que indicam alta informalidade e elevado índice de trabalho não subordinado. Caso se considere que a informalidade tem crescido depois dessas pesquisas e que o trabalho por conta própria avança inexoravelmente, conclui-se que a taxa de cobertura negocial tenderá a se reduzir na pluralidade.

Para os defensores da negociação coletiva restrita aos filiados, há a esperança de que os não filiados pagarão ao sindicato para se beneficiar das cláusulas obtidas. Primeiramente, o raciocínio é equivocado, porque põe a contribuição sindical no centro da atuação sindical, quando ela deve ser reflexo do espírito de sindicalidade. Segundo, este nível de consciência (e necessidade) dos trabalhadores em enxergarem a relevância da sindicalização e das negociações coletivas não chegará tão facilmente. Até lá, os sindicatos amargarão a redução de seu poder de representação, pois já não representarão a categoria, mas, apenas, 16% dela. Vale dizer, haverá enfraquecimento do poder negocial. A tendência é de ampliação da liberdade dos trabalhadores perante seus sindicatos, sem que aqueles sejam objeto de apropriação por estes. Portanto, a liberdade de filiação não pode passar por processos de constrangimento nem por mecanismos que busquem criar dependência desses trabalhadores às entidades sindicais. O caminho deve ser o de compatibilizar autonomia dos trabalhadores com conscientização política de coletividade.

Apesar desta análise prévia, deve-se verificar o que oferece a experiência do Chile, país que adota a pluralidade sindical.

4. Negociação coletiva no Chile

O Chile possui uma realidade de alterações sucessivas nas relações de trabalho, em razão das mudanças econômicas baseadas no liberalismo econômico, muito semelhante à atual condição do Brasil. Este fato justificou o estudo das negociações coletivas no Chile, haja

vista que a equipe econômica brasileira atual se encontra a colocar o Brasil nos mesmos trilhos da equipe chilena de anos atrás. Afinal, a experiência histórica é de muita utilidade para que se antevejam as medidas e os resultados trabalhistas em ambos os países.

No que interessa diretamente ao presente estudo, observa-se que o Chile ratificou a Conv. 87 (1999), a Conv. 98 (1999) e a Conv. 151 (2000); não ratificou, porém, a Conv. 154. A ratificação desses instrumentos, conforme se vê, ocorreu após o período ditatorial chileno.

Para entender a legislação chilena, é preciso lembrar, resumidamente, que o Presidente eleito Salvador Allende – cujo governo vinha sendo sabotado pela política econômica dos Estados Unidos (Presidente Nixon) – foi deposto por um regime militar ditatorial em 11.09.1973 (até hoje se discute se Allende cometeu, de fato, suicídio quando da tomada do Palácio de la Moneda pelos militares ou se teria sido executado nessa ocasião), passando o poder a ser conduzido por uma junta liderada pelo general Augusto Pinochet, que implantou a ditadura e seguiu a política econômica liberal dos *Chicago Boys*, de Milton Friedman. Insta observar que os militares assumiram o poder em meio a movimentos populares que pediam a intervenção. As medidas tomadas pelos militares consistiram em redução dos gastos públicos em 20%, demissão de funcionários em 30% e fim da política de financiamento de moradia. Nas duas primeiras décadas, deu-se o “milagre chileno”, com o aumento do PIB em 191%, mas à custa de endividamento externo e o Estado socorrendo os bancos. Outras medidas foram a venda de empresas estatais, privatizações e redução de impostos.

Instalada a ditadura, a economia, que já não andava bem, despencou, as exportações caíram e o desemprego aumentou em pelo menos 16%. O crescimento só voltaria a dar sinais de retomada em 1977. Este período foi marcado, também, por dificuldades diplomáticas com os países vizinhos, acirrando-se em 1978, com o Governo sendo acusado de violar vários direitos humanos. Novos resultados vieram mais tarde, sobretudo no campo social, onde a percepção dos efeitos, dos acertos ou desacertos da política econômica se dá mais tarde.

O jornal *Gazeta do Povo*, em matéria escrita por Maurício Brum (edição de 20.02.2018), informou: “Pinochet também havia trilhado um caminho de violações de direitos humanos, escândalos de corrupção envolvendo a sua família e um saldo de quase metade da população chilena empurrada para baixo da linha da pobreza. A economia nacional até crescia rapidamente, mas o regime militar nunca estendeu o privilégio a boa parte do país, que não via os números do PIB se refletirem em qualidade de vida.”

Uma nova Constituição foi baixada por Pinochet em 1980, submetida depois a um duvidoso e nada transparente plebiscito. Esse modelo econômico foi socialmente desastroso para o Chile, que ainda hoje amarga sérias consequências e se depara com o povo nas ruas exigindo novas medidas de conteúdo social.

O Chile possuía uma das legislações trabalhistas mais avançadas da América do Sul. Em 1931, criou-se o Código do Trabalho e se ampliou o serviço de seguro social. Esta legislação, porém, na crise da década iniciada em 1970, começou a dar sinais de incompatibilidade com a política liberal que se instalou de vez no governo de Pinochet. Por isso, o velho Código foi objeto de vários ataques, até ser substituído por um novo, em 1987, cujo texto não se aproximou, nem de perto, do Código de 1931.

Do que se percebe, o *milagre econômico* do Chile viera acompanhado de um desastre nas políticas sociais, com alta concentração de renda e aumento da população pobre. A avaliação desse quadro era divergente entre os economistas e os especialistas, que partiam de indicadores sociais diferentes. E, de fato, esta dicotomia veio à tona nas agitações aferventadas em 2016 e eclodidas nos protestos e manifestações de 2019, onde a crise social demonstrou o equívoco da política econômica incrementada nesse país anos atrás.

Claramente, num regime de liberalismo econômico, franqueado pela doutrina dos *Chicago Boys*, os direitos sociais (trabalhistas e previdenciários) são sacrificados. Então, as negociações coletivas chilenas padeceram destas dificuldades naturais ao dito modelo econômico, havendo o enfraquecimento dos sindicatos no *Plan*

Laboral, de 1978 (Dec.-Ley n. 2.758). Mesmo assim, no entender da economista Alejandra Cox Edwards, as taxas de sindicalização, o nível de conflituosidade e os reajustes salariais, associados aos sindicatos, foram compatíveis com os níveis dos países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, organismo internacional composto por 36 países),⁶ posição que merece certas reservas, em razão da taxa de cobertura das negociações, conforme visto acima. Vale dizer, na ótica da economista, mesmo sob a ditadura as negociações coletivas mantiveram patamares razoáveis de regulação dos direitos laborais.

Alejandra Cox Edwards considera, ainda, que:

“... a forma de representação dos trabalhadores na negociação coletiva mudou radicalmente a partir da reforma de 1979, na medida em que a negociação se voltou para a empresa. Nos anos 80, a taxa de sindicalização caiu relativamente ao período anterior devido não somente porque a filiação deixou de ser obrigatória nas empresas com sindicato, mas também porque permitiu a possibilidade de negociar coletivamente com grupos negociadores que se formaram para tal propósito no interior da empresa, embora não constituíssem sindicatos. Desta maneira, os sindicatos perderam direitos exclusivos e deixaram de ter trabalhadores cativos, tudo o qual conduz naturalmente para uma menor filiação. Em termos econômicos, o que esta reforma fez foi pôr limites ao poder de monopólio dos sindicatos.”⁷ (tradução livre, da versão em espanhol).

Após várias alterações pontuais na legislação trabalhista, em 06.07.1987, foi publicada a Lei nº 18.620, que estabeleceu o Código do Trabalho chileno, pelo regime ainda ditatorial. Tratava-se de uma

⁶ EDWARDS, Alejandra Cox. Negociación colectiva en Chile: análisis histórico y efectos probables de la reforma del 2016-2017. In <https://noticias.unab.cl/wp-content/uploads/2017/10/Negociaci%C3%B3n-Colectiva-en-Chile-An%C3%A1lisis-Hist%C3%B3rico-y-Efectos-Probables-de-la-Reforma-del-2016-2017.pdf>, p. 3, acessado em 01.11.2019. O Chile integra a OCDE desde 2010; o Brasil não é membro desta organização internacional.

⁷ EDWARDS, Alejandra Cox. Negociación colectiva en Chile: análisis histórico y efectos probables de la reforma del 2016-2017, cit., p. 13.

nova legislação substitutiva das concepções do Código de 1931. A partir do seu art. 279, regulava a negociação coletiva, para firmá-las, unicamente, a nível de empresa, o que era reforçado no art. 282, *verbis*: “Fica absolutamente proibida a negociação de empregador ou mais com trabalhadores de mais de uma empresa, seja pelo procedimento de negociação que assinala este livro ou por qualquer outra forma”. A proibição de negociações por outros níveis, inclusive por ramo de atividade, acarretava uma descentralização excessiva, mesmo que se defendesse a vantagem de possibilitar o atendimento das peculiaridades das unidades produtivas. Embora tendo ratificado a Convenção 151-OIT, em 2000, o país continha uma contradição interna, porque seu ordenamento limitava as negociações coletivas no âmbito do serviço público.⁸ Nos anos seguintes, o Chile passou por várias alterações na legislação obreira, modificando sensivelmente as relações de trabalho.

Em 2016, foi editada a Lei nº 20.940, com a promessa de modernização do sistema de relações trabalhistas, modificando profundamente o Código do Trabalho. Comparativamente a anos pretéritos, esta lei aumentou o poder de negociação dos sindicatos, substituindo todo o Livro IV do Código do Trabalho, referente às negociações coletivas. Mas, basicamente, manteve a estrutura sindical de outrora e, a rigor, deixou de promover os avanços esperados pela classe trabalhadora.

A nova lei continuou mantendo o sistema de negociação por empresa, embora tenha detalhado melhor o processo negocial. Também assegurou o pedido de informação do solicitante à empresa, a fim de estabelecer as bases da negociação. Na verdade, as grandes empresas têm o dever de entregar anualmente aos sindicatos nelas constituídos o balanço geral, o estado de resultados financeiros e as finanças auditadas, se os tiver, no prazo de 30 dias contados de quando estes documentos fiquem disponíveis (art. 315). Apesar de adotar o

⁸ Veja-se: SARMIENTO, Yenny Pinto. *Necociación colectiva del sector público en Chile*. In http://ejcls.adapt.it/index.php/rldc_adapt/article/view/412/533, p. 7, acessado em 30.10.2019.

pluralismo sindical, o Código do Trabalho, alterado pela Lei nº 20.940, afirma que “nenhum trabalhador poderá estar afetado a mais de um contrato coletivo de trabalho celebrado com o mesmo empregador” (art. 307).

Os sindicatos podem ser estabelecidos por empresas, por estabelecimento ou interempresas, e são criados a partir de assembleias realizadas perante um ministro de fé (funcionário dotado de fé pública). Tratando-se da constituição de sindicato interempresarial, só poderão funcionar como ministros de fé os inspetores do trabalho. A lei estabelece garantia de emprego aos trabalhadores que concorram à criação do sindicato, durante o processo de constituição sindical. Entre os documentos exigidos para a criação dos sindicatos está a ata da assembleia, que deve ser submetida ao crivo do ministro de fé, perante o órgão de inspeção do trabalho, que analisará o pedido de registro sindical.

A constituição de um sindicato na empresa que tenha mais de 50 trabalhadores requererá um mínimo de 25 obreiros, que representem, pelo menos, 10% do total dos que nela prestem serviços (art. 227, Cód. Trabalho). Se, na empresa, não houver outro sindicato de trabalhadores, o número mínimo exigido é de oito obreiros, os quais terão o prazo de um ano para alcançarem o quórum mencionado. Se a empresa tiver 50 ou menos trabalhadores, são suficientes para a criação de sindicato oito deles, sempre que representem pelo menos 50% do total de trabalhadores. E se a empresa possuir mais de um estabelecimento, “poderão também constituir sindicato os trabalhadores de cada um deles, com um mínimo de vinte e cinco trabalhadores que representem, ao menos, trinta por cento dos trabalhadores de dito estabelecimento” (art. 227). Independentemente destes números, qualquer que seja a percentagem que representem, poderão constituir sindicato 250 ou mais trabalhadores da mesma empresa. Enfim, o número mínimo para a criação de sindicato profissional é de vinte e cinco trabalhadores (art. 228). O Código do Trabalho estabelece regras para a representação proporcional ao número de trabalhadores em cada empresa, no caso de sindicatos *interempresariais*: “de oito a cinquenta trabalhadores, elegerão um delegado sindical; de cinquenta e um a setenta e cinco,

elegerão dois delegados sindicais; e se forem setenta e seis ou mais trabalhadores, elegerão três delegados” (art. 229).

Tais disposições sobre a organização sindical repercutem nas normas coletivas e no processo negocial.

É assegurada garantia de emprego aos trabalhadores envolvidos no processo de negociação coletiva, no interregno de dez dias anteriores à apresentação das propostas do convênio coletivo até trinta dias depois da subscrição do instrumento negociado ou da data de notificação das partes da instauração de instância arbitral. Tais instrumentos normativos têm período de vigência no mínimo de dois anos e, no máximo, de três anos (art. 324).

A exemplo dos países de pluralidade sindical, as negociações coletivas só beneficiam os trabalhadores filiados ao sindicato negociante. E como é facultado aos trabalhadores se filiarem durante o processo de negociação, o sindicato deve manter a empresa informada sobre os nomes dos novos filiados ou dos desfiliaados

Verifica-se uma limitação ao poder de negociação coletiva no Chile. Por exemplo, para que as empresas possam negociar, precisam atender a um tempo mínimo de antiguidade: para as micro e pequenas empresas, deverá haver o transcurso de pelo menos 18 meses de funcionamento; para as de médio porte, o tempo mínimo é de 12 meses; e nas grandes empresas o tempo é de, ao menos, 06 meses (art. 308). Estão alijadas do processo negocial empresas com capital público superior a 50%, as ligadas ao Ministério da Defesa e as que sejam alcançadas por legislação especial que as afastem do processo negocial.

Sofrem restrições à liberdade de negociação coletiva os trabalhadores que possuam poderes de representação do empregador e os que estejam dotados de faculdades gerais de administração, como gerentes e subgerentes. Nas micro e pequenas empresas, referida proibição se aplica ao pessoal de confiança que exerçam cargos superiores ou de mando. Contudo, esta proibição deve estar contida no contrato de trabalho, sendo que a omissão implica que o

trabalhador está habilitado para negociar coletivamente. É facultada a negociação coletiva de trabalhadores eventuais, por temporada, por obra e por serviços determinados, mas em condições diferentes dos outros trabalhadores e, no caso de obras e serviços, somente se durarem mais de um ano.

Não podem ser objeto de negociação coletiva: (a) tudo que restrinja o limite das faculdades do empregador de organizar, dirigir e administrar a empresa; e (b) as matérias alheias à empresa.

O art. 322 prevê que “as partes de um instrumento coletivo poderão acordar a aplicação geral ou parcial de suas estipulações a todos ou a parte dos trabalhadores da empresa ou estabelecimento de empresa sem filiação sindical. No caso antes referido, para ter acesso aos benefícios, ditos trabalhadores deverão aceitar a extensão e obrigar-se a pagar toda ou parte da quota ordinária da organização sindical, segundo o estabeleça o acordo”. O acordo de extensão deverá fixar critérios objetivos, gerais e não arbitrários para estender os benefícios a trabalhadores não filiados. Outrossim, o empregador poderá aplicar as cláusulas de reajuste salarial a todos os trabalhadores da empresa, conforme os índices de inflação divulgados pelo órgão competente. Na sequência, o art. 323 assegura a liberdade de filiação e de desfiliação, para concluir: “Não obstante a mudança de filiação sindical ou desfiliação, o trabalhador se manterá afetado ao instrumento coletivo negociado pelo sindicato ao qual pertencia e que esteja vigente, devendo pagar o total da quota mensal ordinária desse sindicato durante toda a vigência de dito instrumento coletivo. Ao término da vigência do instrumento coletivo do sindicato ao qual estava filiado, o trabalhador passará a estar afetado ao instrumento coletivo do sindicato ao qual haja se filiado, se existir”.

A sistemática acolhe um modelo parcial de ultratividade após o término da vigência do pacto coletivo, eis que deixa fora desta extensão as cláusulas que se refiram a reajustes salariais e aos incrementos reais pactuados, assim como os direitos e obrigações que só possam exercer-se ou cumprir-se coletivamente e os pactos sobre condições especiais de trabalho (art. 325). Infere-se, pois, que, no geral,

as cláusulas sociais se projetam no tempo, mesmo com o termo final de vigência do convênio coletivo.

Dá início à negociação coletiva a provocação escrita do sindicato profissional à empresa, que deve dar o “ciente” do recebimento das propostas. A recusa do empregador em receber a notificação ou não dar a contrafé ensejará envio à Inspeção do Trabalho dentro dos três dias seguintes, para providências, entre as quais a de convocar as partes para as tratativas negociais ou para a empresa prestar explicações sobre a recusa. As propostas realizadas inicialmente devem ser encaminhadas a este mesmo órgão, dentro dos cinco dias seguintes à sua apresentação à empresa.

Quem representa os trabalhadores é o seu sindicato ou grupos sindicais, se houver mais de uma entidade envolvida. A negociação será conduzida por uma comissão designada pelo(s) sindicato(s), assegurando, em sua composição, sempre que possível, a presença de pelo menos uma mulher (art. 330). As reclamações e dúvidas da empresa em face das negociações serão apresentadas à Inspeção do Trabalho, sem suspensão da eficácia das normas acordadas.

Considerando as dificuldades econômicas da empresa, é possível negociar a redução do piso firmado anteriormente. Se as partes não entrarem em acordo, poderão se valer de mediação coletiva, que é procedimento voluntário e bilateral.

Quanto às negociações celebradas por sindicatos interempresariais (art. 364), os trabalhadores poderão negociar com seu empregador segundo as regras gerais aqui mencionadas. Mas, para estes efeitos, os sindicatos interempresariais deverão agrupar trabalhadores que se encontrem em empresas da mesma categoria ou atividade econômica. Além disso, para negociar coletivamente em uma empresa, o sindicato interempresarial deverá contar com um total de filiados não inferior ao quórum assinalado no art. 227 do Código de Trabalho, conforme já visto há pouco ao tratar da criação dos sindicatos. Porém, às micro e pequenas empresas é facultada a negociação com os sindicatos interempresariais, devendo o empregador responder ao sindicato que a provocou em 10 dias. Sendo negativa a resposta,

os trabalhadores filiados poderão apresentar proposta de contrato coletivo e iniciar a negociação como se fosse sindicato por empresa, devendo cumprirem os quóruns ordinários de representação. Nas médias e grandes empresas, a negociação coletiva dos trabalhadores filiados a um sindicato interempresarial se realizará por este sindicato, cuja comissão de negociação estará integrada pelos diretores e os delegados sindicais que trabalhem na empresa diretamente interessada.

Um lado positivo é que as entidades legitimadas a entabular negociações coletivas podem solicitar previamente informações às empresas, a fim de preparar seu projeto de instrumento coletivo de trabalho. Todavia, não são todas as informações que podem ser prestadas, porque a legislação indica quais são os documentos que podem ser apresentados no prazo de 30 dias.

Há muitas críticas de especialistas quanto ao modelo de negociação adotado pelo Chile, que apresenta alto nível de dispersão sindical, sendo comum encontrar-se várias entidades sindicais na mesma empresa, sem forças para auferirem conquistas reais, ao passo que o direito de greve é regulado com tamanha minúcia que, na prática, fica impossibilitado de ser exercido. A ausência de negociação coletiva por ramo ou setor é responsável pela multiplicidade de pequenos acordos, sem grande expressão social e por uma difusa regulamentação trabalhista.

5. Considerações finais

A atual legislação do Chile foi erguida sob as bases do liberalismo econômico dos *Chicago Boys*, que implementaram uma série de mudanças econômicas nas décadas de 1970 e 1980 e promoveram modificações profundas nas relações de trabalho, sob o argumento da necessidade de modernizá-las. Estas alterações se deram seguidamente, até se formatar o Código do Trabalho em 1987.

O modelo plural de sindicalismo, aliado a um sistema excessivamente descentralizado de negociação coletiva, não cria nenhum estímulo à organização sindical de trabalhadores nem favorece a taxa de cobertura dos benefícios auferidos nos instrumentos coletivos de trabalho.

O Brasil, um país continental de mais de 4,45 milhões de empresas em 2017 (IBGE/2019), vem enfrentando paulatinas, sucessivas e implacáveis alterações na legislação obreira, sob o álibi da modernização. A eventual substituição da unicidade pela pluralidade sindical, neste contexto de chilenização econômica, tende a implantar o sindicalismo pulverizado e as negociações coletivas por empresas. Quando muito, o modelo de empresa poderá ser complementado por negociações por categorias ou por ramos, aí incluído o setor econômico.

Se for decisão do legislador brasileiro adotar a pluralidade, será de boa técnica combinar modelos de representação sindical e de negociação coletiva, considerando as dimensões continentais do Brasil. Então, a descentralização negociada – verificada nos vários acordos coletivos – será apropriada se houverem mecanismos de centralização, conforme já mencionado neste estudo, a fim de garantir a cobertura das negociações a trabalhadores filiados e não filiados, a empregados e a outros tipos de contratados.

Referências bibliográficas

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Sindicatos, sindicalismo*. São Paulo: LTr, 1992.

CONTRERAS, Sergio Gamonal, ORTIZ, Pablo Arellano. Negociación colectiva, autonomía y abstención legislativa. In https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000300173, acessado em 30.10.2019.

EDWARDS, Alejandra Cox. Negociación colectiva en Chile: análisis histórico y efectos probables de la reforma del 2016-2017. In <https://noticias.unab.cl/wp-content/uploads/2017/10/Negociaci%C3%B3n-Colectiva-en-Chile-An%C3%A1lisis-Hist%C3%B3rico-y-Efectos-Probables-de-la-Reforma->

del-2016-2017.pdf, p. 3, acessado em 01.11.2019. O Chile integra a OCDE desde 2010; o Brasil não é membro desta organização internacional.

EDWARDS, Alejandra Cox. Negociación colectiva en Chile: análisis histórico y efectos probables de la reforma del 2016-2017, cit., p. 13.

OIT, Relaciones laborales y negociación colectiva; Nota Breve nº 01, in https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_461330.pdf, acessado em 06.11.2019).

PRADO, R. Barretto. *Curso de Direito Coletivo do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1991.

RUPRECHT, Alfredo J. *Relações coletivas de trabalho*. Tradutor: CUNHA, Edilson Alkmin. São Paulo: LTr, 1995.

SARMIENTO, Yenny Pinto. Necociación colectiva del sector público en Chile. In http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/412/533, p. 7, acessado em 30.10.2019.

Capítulo 03

A greve política à luz do direito comparado: uma análise crítica do entendimento jurisprudencial francês, espanhol, italiano e brasileiro relativo a greves com finalidade política

The political strike in the light of comparative law: a critical analysis of the french, spanish, italian, and brazilian jurisprudential understanding regarding strikes with political purposes.

Gabriel Lima Valentim¹

Sumário: 1. Introdução; 2. A evolução do tratamento legal da greve antes de sua transformação em direito; 2.1. Brasil; 2.2. Itália; 2.3. França; 2.4. Espanha; 3. Conceitos de greve e greve política; 3.1. Greve; 3.2. Greve política; 4. Tratamento legal e jurisprudencial da greve política; 4.2. Brasil; 4.2. França; 4.3. Itália; 4.4. Espanha; 5. Considerações finais; Referências.

Resumo: O presente estudo tem por objetivo fazer uma análise crítica do posicionamento jurisprudencial majoritário a respeito da greve com finalidade política no Brasil, na França, na Espanha e na Itália. A greve, apesar de ser um instrumento importantíssimo à disposição dos trabalhadores para se manifestarem contra injustiças, sempre foi resistida, algumas épocas sendo um ilícito penal e outras sendo aceita, mas com severas restrições. Com a queda da maior parte dos regimes totalitários do Ocidente, a greve se tornou um direito, mas um direito ainda resistido, não só expressamente pela letra da lei, mas principalmente por decisões judiciais que interpretam esse direito da maneira mais restrita possível. No entanto, seriam essas restrições coerentes? A partir dessa pergunta central, tem-se como objetivo analisar uma restrição específica: a das greves com finalidade política, que são

¹ Mestrando/UFC, Professor, autor de artigos jurídicos. Advogado. Email: gabriellvalentim@hotmail.com.

reiteradamente declaradas abusivas pela maior parte dos países estudados. Para realizar esse estudo, será realizada uma pesquisa de direito comparado pelo método funcionalista, realizando análise bibliográfica, por meio de livros, artigos publicados em periódicos e dados publicados na internet, sobre os principais termos estudados nesse artigo, como greve e greve política, e análise documental, através do exame da jurisprudência nacional e estrangeira relativa a greves políticas. Por fim, será feita uma análise crítico-constructiva das decisões estudadas, em que se conclui que o tratamento legal e jurisprudencial dado a esse tipo de greve, baseado em uma distinção entre o político e profissional, é insustentável, já que essas duas áreas são quase sempre indissociáveis.

Palavras-chave: Jurisprudência; Greve; Greve Política; Greves Atípicas.

Abstract: This study aims to make a critical analysis of the majority jurisprudential position regarding the strike with political purpose in Brazil, France, Spain and Italy. The strike, despite being a very important instrument at the disposal of workers to speak out against injustice, has always been resisted, some times being a criminal offense and others being accepted, but with severe restrictions. With the fall of most Western totalitarian regimes, the strike became a right, but a right still resisted, not only expressly by the letter of the law, but mainly by judicial decisions that interpret this right as narrowly as possible. However, are these restrictions consistent? From this central question, the objective is to analyze a specific restriction: political strikes, which are repeatedly declared abusive by most of the countries studied. To carry out this study, a comparative law research will be performed by the functionalist method, performing bibliographic analysis, through books, articles published in journals and data published on the internet about the main terms studied in this article, such as strike and political strike, and document analysis through the examination of national and foreign case law on political strikes. Finally, a critical-constructive analysis of the decisions will be made, which concludes that the legal and jurisprudential treatment given to this type of strike, based on a distinction between the political and the professional, is unsustainable, as these two areas are almost always inseparable.

Keywords: Jurisprudence; Strike; Political Strike; Atypical Strikes.

1. Introdução

O Direito do Trabalho já nasceu internacional. O seu surgimento como ramo jurídico autônomo veio pela criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que surgiu como parte do Tratado de Versalhes em 1919 como uma tentativa das potências capitalistas vencedoras da Primeira Guerra Mundial em estabelecer um mínimo de regulação das relações de trabalho em nível internacional.

Na época, o movimento dos trabalhadores estava cada vez mais forte, a Revolução Russa tinha obtido sucesso e grandes greves gerais eclodiam ao redor do planeta. No Brasil, ocorreram grandes greves gerais entre 1917 e 1919, organizadas inicialmente por anarquistas e, posteriormente, pelos comunistas. Na Espanha, a grande Greve de La Cadeniense de 1919, organizada pela Confederación Nacional del Trabajo (CNT), eclodia em Barcelona. Na Itália, ocorria o chamado “Biênio Vermelho”, período de dois anos entre 1919 e 1921 de intenso conflito social protagonizado pelo movimento anarcosindicalista. Já na França, grandes greves organizadas principalmente pela Confédération Générale du Travail (CGT) eclodiam ao redor do País.

O surgimento do Direito do Trabalho veio também para remediar os problemas sociais globais relacionados ao trabalho que estavam provocando essas ebulições sociais e, no mesmo sentido, domesticar essas manifestações populares.

Cem anos após a criação da OIT, a organização das forças produtivas nunca foi tão internacional. O Toyotismo, com sua cadeia produtiva espalhada ao redor do planeta, já intensificou esse processo. Atualmente, em um mundo conectado e com o surgimento da Uberização, chegou-se ao ápice. Motoristas brasileiros, indianos, japoneses, senegaleses e australianos de Uber, por exemplo, estão conectados com a empresa do Vale do Silício, na Califórnia, via aplicativo em seus celulares, enquanto os acionistas dessa empresa estão espalhados ao redor do planeta, em países como Estados Unidos, França, Inglaterra, Rússia e Arábia Saudita.

Nesse contexto conectado e flexibilizado, estamos presenciando

uma luta dos trabalhadores também globalizada. No dia 8 de maio de 2019, ocorreu a primeira greve mundial dos motoristas de Uber, em que os trabalhadores da empresa ao redor do mundo demandaram a redução da taxa que a companhia lhes cobrava por cada viagem e a implementação de medidas de segurança no trabalho. No mesmo sentido, no dia 27 de setembro de 2019, ocorreu a primeira Greve Mundial pelo Clima, em que a juventude trabalhadora ao redor do planeta, protagonizada por Greta Thunberg, se organizou em prol de políticas públicas que combatam efetivamente o aquecimento global.

Nesse sentido, observando o caráter internacional do Direito do Trabalho e a globalização das lutas dos trabalhadores, o objetivo desse artigo é, por meio do direito comparado, construir um estudo sobre a cristalização de movimentos sociais pelo direito ao redor do planeta, tomando, nesse primeiro momento, como ponto de partida a elaboração jurisprudencial em torno das greves com finalidade política no Brasil, na França, na Itália e na Espanha.

Greves políticas foram importantíssimas historicamente para a abertura política e para a construção de um desenvolvimento econômico mais sustentável nesses países europeus democráticos e no Brasil, mas ainda assim as greves políticas são reiteradamente declaradas abusivas nesses países. Seriam essas declarações de abusividade justas? Quais argumentos utilizados pelos tribunais para declarar a abusividade dessas greves?

Para responder essa pergunta, em um primeiro momento, será realizada uma contextualização histórica de como foi a evolução jurídica do movimento paredista nos países estudados até a transformação da greve em direito. Em um estudo comparado, é essencial, antes de realizar uma crítica a uma lei ou uma decisão judicial de determinado país, saber em que contexto esse objeto criticado foi construído.

Além disso, será realizada a análise bibliográfica multidisciplinar de obras nacionais e estrangeiras acerca de conceitos que envolvem o tema, por meio da leitura de livros, revistas, artigos e publicações periódicas que tratam sobre Greves e Greves Políticas.

Será realizada, também, análise documental através do exame da jurisprudência nacional e estrangeira, selecionando os julgamentos que envolvam “Greve Política” no Tribunal Superior do Trabalho, no caso do Brasil, no Tribunal Superior de Justiça, no caso da Espanha, na Corte de Cassação, no caso francês, e na Corte de Cassação, no caso da Itália, extraindo os principais argumentos que se utilizam em cada um desses países para invalidar ou validar as greves com finalidade política.

A referida análise documental recairá sobre os julgados da França, da Itália e da Espanha por serem países com antigos e fortes movimentos paredistas, alguns já tendo passado por experiências socialistas, como a Comuna de Paris de 1871 e a Revolução Espanhola de 1936, e por serem potências europeias democráticas, com um Direito do Trabalho mais estabelecido e menos flexibilizado que o brasileiro.

O método utilizado para construir esse estudo de Direito Comparado será o método funcionalista, onde se pretende identificar respostas jurídicas similares ou distintas em conflitos sociais que se assemelham mesmo ocorrendo em lugares distintos no mundo, no caso específico deste trabalho, as greves.

A realização desse estudo comparado, mediado pela análise documental e bibliográfica, contribuirá para, finalmente, realizar-se uma análise crítico-constructiva do entendimento desses tribunais acerca da abusividade greve política e da insustentável separação entre o profissional e o político que embasam essas declarações de abusividade. Assim, a pesquisa é de natureza bibliográfica, exploratória, descritiva e interpretativa, de cunho qualitativo mediante análise bibliográfica e documental, valendo-se da utilização do método dedutivo e de estudos de caso.

2. A evolução do tratamento legal da greve antes de sua transformação em direito

Inicialmente, como esse trabalho é essencialmente um estudo de direito comparado, é imprescindível realizar uma breve análise

da evolução jurídica do movimento paredista nos países estudados. Antes de fazer uma análise crítica da jurisprudência desses países é imprescindível analisar em que contexto essa jurisprudência surge.

Diferente de outros institutos do Direito do Trabalho, como férias ou 13º salário, que são criações jurídicas, a greve precede qualquer lei sobre o movimento. Ela surge das contradições intrínsecas da sociedade capitalista e apenas depois de décadas é apropriada pela ordem jurídica, primeiro como delito, posteriormente como liberdade e, por fim, como direito de greve.

É importante ressaltar que essa evolução jurídica não está atrelada necessariamente a um desenvolvimento benéfico para o trabalhador. A evolução desse instituto nesses países não ocorreu de maneira linear, pelo reconhecimento dos juristas iluminados, mas sim com perdas e ganhos, envoltos por uma intensa luta dos trabalhadores. Além disso, o que muitas vezes, de maneira superficial, pode parecer uma vitória para os trabalhadores, como o reconhecimento do direito de greve, não necessariamente o é, o reconhecimento da greve como direito, como veremos, representou também uma apropriação e domesticação desse movimento rebelde pela ordem jurídica.

2.1. Brasil

Na década de 1850, são criadas as primeiras associações de trabalhadores e eclodem suas primeiras manifestações. Em 1856, é fundada a “Sociedade Beneficente dos Cachoeiros” e, em 1858, a “Associação Protetora dos Caixeiros”. Em 1857, ocorre a primeira greve do País, a Greve Negra da Bahia de 1857, e em 1858 tem-se a Greve dos Tipógrafos do Rio de Janeiro. Nessa época, as greves eram “reprimidas como simples casos de polícia, eis que estavam à margem da ordem jurídica vigente no Brasil Império”².

Após a proclamação da República, ocorre a primeira menção a greve em uma lei no País, no Código Penal de 1890 (Dec. nº 847,

² LINHARES, Hermínio. Contribuição à história das lutas operárias no Brasil. São Paulo: Alfa Ômega, 1977, p. 32-34.

de 11/10/1890) em seu artigo 204, que proíbe expressamente o movimento, com pena de prisão e multa aos realizadores.

Após dois meses da edição desse código, após uma imensa pressão dos trabalhadores, principalmente do recém-criado Partido Operário, o Decreto nº 1.162 de 12/12/1890 modificou o disposto no Código Penal, a greve então só seria punida se ocorresse por meio de atos de ameaça, de constrangimento e de violência.

A próxima modificação jurídica a respeito das greves só veio a ocorrer no Governo Vargas, pela Consolidação das Leis Penais de 1932 (Decreto nº 22.213 de 14-12-1932), que, apesar de não criminalizar a greve em si, punia o uso de constrangimento, ameaça ou violência para realizar o movimento paredista. A Lei de Segurança Nacional (Lei nº38 de 4 de abril de 1935) viria, todavia, a mais uma vez criminalizar a greve, estabelecendo, em seus artigos 7ª e 8ª, pena de 1 a 3 anos para o indivíduo que incitasse greve de funcionários públicos.

A Constituição de 1937, em seu artigo 139, fez primeira menção à greve em uma Constituição brasileira, estabelecendo que “a greve e o lockout são declarados recursos antissindicalistas nocivos ao trabalhador e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional”. Dessa forma, a primeira menção ocorreu no sentido de proibir expressamente esse fato social.

Por fim, obedecendo a Constituição, a Consolidação das Leis do Trabalho, editada em 1943, expressamente proibiu a greve e o lockout, em seus artigos 722 e 725. Esse diploma legal estabeleceu novas penalidades, principalmente administrativas, que se acrescentaram as já catalogadas pela anterior legislação penal pela lei de segurança³.

Posteriormente, com o fim da Segunda Guerra Mundial, deu-se o início do processo de redemocratização do País. Nessa época, com os sindicatos e outros movimentos operários tendo mais liberdade para atuar, a pressão desses movimentos fez com que o Presidente Dutra sancionasse o Decreto-Lei nº 9.070, que não proibia a greve, mas

³ LEONELLI, Dante. Direito de greve. Curitiba: Litero-Tecnica, 1958, p. 152.

impunha ainda diversas limitações, como o artigo 3º, que estabelecia como “atividades fundamentais” um rol gigantesco, com as greves nessas atividades tendo que passar por um processo burocrático maior.

Nesse contexto, foi promulgada a Constituição de 1946, na qual o direito de greve foi pela primeira vez admitido, estabelecendo o artigo 158 que “é reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará”.

Todavia, esse curto período democrático foi interrompido pelo Golpe Militar de 1964. A nova Constituição, a de 1967, estabeleceu no artigo 157, parágrafo 7, que: “não será permitida a greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei”, quer dizer, ocorreu o retorno do raciocínio limitante do Decreto-Lei nº 9.070.

Além disso, no contexto das greves do ABC, no final da década de 1970, em 17 de dezembro de 1978 foi editada a Lei nº 6.620, cujo art. 27 qualificava como crime: “impedir ou dificultar o funcionamento de serviços essenciais, administrados pelo Estado ou executados mediante concessão, autorização ou permissão”. Ademais, em agosto de 1978, entrou em vigor o Decreto-Lei nº 1.632, proibindo a greve no serviço público e em atividades essenciais “de interesse da segurança nacional”, o que obstruía o próprio direito de greve, uma vez que estas atividades poderiam ser aumentadas por simples decreto do Presidente.

Após o fim da Ditadura Militar e com a promulgação da Constituição de 1988, a greve passou a ser considerada um direito, sendo resguardada constitucionalmente, o que será analisado nos próximos tópicos.

2.2. Itália

O surgimento do movimento operário italiano, em relação aos outros países europeus, demorou a emergir. O “Partito Operaio Italiano” (POI), por exemplo, só foi criado em 1881, em Milão, sendo declarado ilegal poucos anos depois em 1886⁴.

⁴ GELABERT, Miquel Porret. La huelga, el asociacionismo sindical y el lockout en países desarrollados. *Revista técnico laboral*, vol. 31, nº. 122, 2009, p. 565-631.

Todavia, isso não quer dizer que a organização de resistência dos trabalhadores italianos era debilitada. O movimento operário do país organizou grandes greves e mobilizações populares durante todo século XX, além de ter atuado na resistência ao governo fascista de Mussolini. Além disso, no espectro ideológico, a corrente anarquista sempre foi bem forte e relevante, tendo o próprio Michail Bakunin vivido no País na década de 1860.

No que diz respeito à positivação do movimento grevista, o primeiro dispositivo legal sobre greve no País surgiu já em 1859, no Código Penal Sardo-Italiano, que em seu art. 385 proibia a “coalisão entre industriais ou entre obreiros dirigida a exercer pressão sobre a outra parte com o intuito de que aquela aceitasse as condições desta”, ou seja, proibia a greve e o locaute.

Após esse Código, os próximos dispositivos legais em que a greve foi apreciada só foram editados no Regime de Mussolini (1922-1945). O Código Penal Rocco de 1930 declarava greves e locautes expressamente como ilegais, estabelecendo agravamento da pena em diversas ocasiões.

No art. 510, por exemplo, o Código previa um aumento da pena se a greve ou locaute ocorresse em tempo de guerra ou se acarretasse “manifestações, tumultos ou revoltas populares”. No art. 511, era estabelecido que a pena poderia dobrar para os grevistas se a greve tivesse como motivação alguma modificação no contrato de trabalho.

Após a queda do regime fascista, a Constituição italiana de 1947 declarou a greve como um direito fundamental.

2.3. França

A França é um dos principais berços da luta dos trabalhadores no mundo. Durante o século XX foi um País em que ocorreram inúmeras greves, principalmente entre 1831 e 1834 no setor têxtil de Lyon⁵. Além

⁵ GELABERT, Miquel Porret. La huelga, el asociacionismo sindical y el lockout en países desarrollados, op. cit., p. 565-631.

disso, foi o país em que houve a primeira tentativa de uma revolução comunista da história, a Comuna de Paris de 1848.

Apesar dessa prematura força do movimento operário, houveram poucas leis relativas a greve. A primeira lei sobre o movimento paredista foi editada em 1792, a Lei de Le Chapelier, que proibiu as associações entre cidadãos com motivações contrárias ao interesse comum⁶. Esta lei era aplicada aos casos de greve e foi derogada apenas em 1864, pela Lei de Olivier, que abolia o delito de associação, embora que na prática o Governo continuava pondo várias travas para o exercício do direito, além de haver prendido vários grevistas⁷.

A greve, após 1864, deixou de ser delito e continuou sendo falta trabalhista e culpa civil até a Constituição de 1946, quando passou a ser um direito.

2.4. Espanha

A primeira vez que greve a foi positivada na Espanha foi pelo Código Penal de 1870 em que ela foi considerada como um delito de coligação, estando presente no art. 556 no capítulo relativo à “maquinaciones para alterar el precio de las cosas”.

Em 1909, a greve foi legalizada pela Ley de Huelgas y Coligaciones, reconhecendo a greve por motivos profissionais e estabelecendo prazos de aviso prévio e sanções para as infrações, garantindo a liberdade de trabalho para aqueles que não quisessem participar do movimento⁸.

Já na ditadura do general Primo de Rivera (1923-1930), entrou em vigor o Real Decreto de 26-11-1926, que proibiu expressamente as greves com finalidade política, ficando também expressamente

⁶ VARELA i PUIG, J.R. y VARELA i PUIG, A.: *Història del món contemporani*, COLUMNA, oct. 2000, pág. 63.

⁷ GELABERT, Miquel Porret. La huelga, el asociacionismo sindical y el lockout en países desarrollados. *Revista técnico laboral*, vol. 31, nº. 122, 2009, p. 565-631.

⁸ GELABERT, Miquel Porret. *Idem*, op. cit., p. 565-631.

proibida pelo Código penal espanhol em seu artigo 290⁹.

Na II República (1931-1939), o direito de greve foi reconhecido, porém com grandes limites impostos pela Ley de Defensa de la República de 21 de outubro de 1931.

A greve foi proibida novamente pela ditadura do General Franco. O *Fuero del Trabajo*, na sua declaração XI-2 estabeleceu que “os atos individuais ou coletivos que de algum modo perturbem a normalidade da produção ou atentem contra ela serão considerados como delitos de *Les a Patria*”.

Com o fim da ditadura do General Franco e com a promulgação da Constituição de 1978, a greve foi finalmente declarada um direito no País.

3. Conceitos de greve e greve política

Após essa contextualização histórica imprescindível para a realização de um estudo comparado, é importante realizar um estudo da doutrina desses países na questão provavelmente mais polemica nos estudos relacionados ao direito de greve, que é a definição do movimento.

É importante deixar claro qual o conceito de greve e de greve política que utilizaremos nesse artigo. Um dos principais desafios em conceituar um movimento dessa natureza é o perigo em delimitar o exercício do direito de greve. Muitos juristas imersos no mundo normativo esquecem as raízes espontâneas e sociais do movimento grevista e delimitam a definição de greve aos limites legais, o que não faz sentido, como observamos no capítulo histórico, já que a greve existe independente das leis sobre ela.

⁹ GELABERT, Miquel Porret. *La huelga...*, op. citl, p. 565-631.

3.1. Greve

Inicialmente, iremos apresentar algumas conceituações problemáticas de greve, que delimitam bastante a forma de exercício do movimento.

Na conceituação de Arnaldo Sússekind, por exemplo, greve:

[...] constitui meio de pressão contra os empregadores ou as associações representativas de determinados empresários, para que negociem de boa-fé com os correspondentes sindicatos de trabalhadores, tendo por fim a adoção ou revisão de condições de trabalho, por meio de convenções, contratos ou acordos coletivos¹⁰.

Nessa delimitação, a greve só poderia ser destinada ao empresariado, excluindo as greves políticas. Além disso, a greve só poderia ocorrer por meio de sindicatos, excluindo as greves selvagens.

Para Alexandre de Moraes:

[...] a greve pode ser definida como um direito de autodefesa que consiste na abstenção coletiva e simultânea do trabalho, organizadamente, pelos trabalhadores de um ou vários departamentos ou estabelecimentos, com fim de defender interesses determinados¹¹.

Nessa conceituação, a greve necessariamente deve ocorrer pela abstenção do trabalho, o que exclui os tipos de greve em que a cadeia produtiva é prejudicada sem necessariamente a paralisação do trabalho, como a greve de zelo e a greve ativa.

Segundo Luisa Galantino, a greve consiste na "l'astensione coletiva dal lavoro disposta da uma pluralità di lavoratori per la tutela dei propri interessi professionali, cioè degli interessi attinenti ala própria

¹⁰ SUSSEKIND, Arnaldo Lopes; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 1082.

¹¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas 2005, p. 186.

condizione sociale ed econômica”¹². Conceituação que também limita a greve à paralisação do trabalho, excluindo outras modalidades, além de excluir também as greves com finalidade política, deixando apenas as greves profissionais.

Segundo Fulvio Corso, a greve consistiria em “una sospensione concertata della loro attività lavorativa che priva le aziende del necessário contributo di energie umane, incidendo negativamente sulla produzione (bloccata o ridotta in misura piú o meno consistente) e, quindi, sul profito del datore di lavoro”¹³, o que exclui novamente as greves com finalidade política.

Sob outra perspectiva, Robert Gubbles classifica a greve como um “fenómeno de civilización”, reconhecendo a greve como algo propio e “natural” do homem, pois a greve pressupõe uma reação automática das pessoas aos comportamentos considerados como injustos ou hostis¹⁴.

É nesse mesmo sentido a visão de Leila Ribeiro:

“O ser humano, por índole natural, é um ser insatisfeito e irrequieto. Nada o contenta, essa é a regra geral. Por isso, é que, ao nosso ver, a própria vida do homem deve estar ligada à idéia de greve, no sentido de atitude que, na verdade, traduz rebeliões, insatisfações, etc¹⁵.”

A visão desses autores, por melhor intencionada que seja, é problemática. De acordo com essa narrativa, uma revolta de escravos no Brasil colonial, uma revolta de servos no Egito Antigo, uma revolta de escravos no Império Romano, uma disputa entre vizinhos, um conflito familiar ou uma greve de trabalhadores na Inglaterra do século XIX são postos em pé de igualdade, como se todos esses conflitos

¹² GALANTINO, Luisa. *Dritto sindacale*. Torino: Giappichelli Editore, 2009, p. 204.

¹³ CORSO, Fulvio. *Il diritto sindacale*. Torino: Giappichelli Editore, 2008, p. 97.

¹⁴ MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*. Madrid. Tecnos. 2016, p. 725.

¹⁵ RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. A greve como legítimo direito de prejudicar. In: *Revista do Ministério Público*. Ano VI. v.11 Brasília: Ministério Público da União, mar. 1996, p. 100.

fossem um reflexo da natureza conflituosa do homem, fazendo crer que a história é apenas pano de fundo passivo e estático que guarda a memória da aventura da consciência humana individual, encerrando a complexidade causal do movimento grevista à simplicidade dos fatores psicológicos humanos, imutáveis e eternos, desconsiderando a especificidade do conflito ocorrido na relação de trabalho¹⁶.

Ainda mais problemático dessa visão é que ela contribui e caminha para a naturalização das relações e formações da sociedade, o que é extremamente caro à manutenção das relações sociais dominantes. A partir do momento em que se concebem os conflitos como sempre presentes nas sociedades, e o conflito de trabalho sendo somente mais um deles, a atitude esperada diante dessa realidade não seria a tentativa de uma construção de uma sociedade em que a desigualdade provocadora dos conflitos trabalhistas se torne impossível, mas sim encarar e defender essas relações desiguais, como próprias da natureza do homem, para só então, no máximo, tentar atenuar as mazelas criadas por essa realidade desigual cristalizada¹⁷.

Por fim, chegando nas conceituações que consideramos mais acertadas da doutrina jurídica, que não fazem uma limitação enorme relacionada a motivação de uma greve, Arion Sayão Romita sustenta que a greve é uma abstenção coletiva do trabalho deliberada por uma pluralidade de trabalhadores (do setor privado ou público) para a obtenção de um fim único¹⁸.

Já Palomeque López conceitua que greve é “la medida de autotutela básica de los trabajadores, consistente en la perturbación del proceso productivo del empresario para el que se presta el trabajo, a través de la realización de diversos comportamientos posibles y, principalmente, de la abstención o cesación del trabajo, decididos de

¹⁶ CORREGLIANO, Danilo Uler. *O sistema de controle judicial de movimento grevista no Brasil: Da greve dos petroleiros em 1995 aos dias atuais*. São Paulo, 2013. Dissertação (Mestrado em direito) - (FADUSP) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 25.

¹⁷ CORREGLIANO, Danilo Uler. *Idem*, p. 26.

¹⁸ ROMITA, Arion Sayão (coord). *Sindicalismo*. São Paulo: LTr, 1986.

forma concertada y ejercidos colectivamente por los trabajadores para la defensa de sus intereses”¹⁹.

Por fim, a definição escolhida, a mais ampla e, conseqüentemente, a mais acertada, é a de Francisco Gerson Marques de Lima que preleciona que “a greve é um meio de autodefesa de um grupo social específico (os trabalhadores), além de funcionar como instrumento de pressão voltado a reivindicações coletivas”²⁰.

3.2. Greve Política

Tendo feito essa delimitação conceitual de greve, é necessário, também com o auxílio da doutrina estrangeira, delimitar greve política.

Cristiano Paixão conceitua greve política como um movimento em que: [...] pode ser questionada a política de pessoal de uma empresa ou pode ser explicitada a contrariedade a uma determinada política econômica do país. Além disso, ela pode ser um instrumento de contestação política, ao concentrar demandas por mudanças no sistema político, na condução das políticas públicas ou mesmo ser direcionada contra um ou mais governantes²¹.

Já para Carlos López-Monís, a greve política é aquela dirigida contra os poderes públicos para conseguir determinadas reivindicações. Esse conceito inclui as greves revolucionárias ou insurrecionais, que são gerais, as greves políticas puras, que podem ser gerais ou parciais, e as greves de imposição econômico-política ou mistas, nas quais as motivações estão mescladas.²²

¹⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. *Derecho sindical español*. Madrid. Tecnos, (1994) p. 276.

²⁰ LIMA, Francisco Gerson Marques de. *Greve: Um direito antipático*. Fortaleza: Premius, 2014, p. 25.

²¹ PAIXÃO, Cristiano. Reforma trabalhista e direito de greve no Brasil. 2016. Jota. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reforma-trabalhista-e-direito-de-greve-no-brasil-27072016>>. Acesso em: 27 out 2019.

²² MONÍS, Carlos López. *O direito de greve: Experiências Internacionais e doutrina da OIT*. São Paulo: LTR, 1986, p. 30.

Por fim, de acordo com Helene Synai, as greves podem ser divididas em quatro, de acordo com sua finalidade: a econômica, a profissional, a sindical e a política²³.

A greve econômica seria um movimento de “crítica da gestão, privada ou pública, local ou regional”, da economia, ou seja, uma greve, por exemplo, para o melhoramento do planejamento econômico da região.

A greve “profissional” é aquela relacionada com a luta por melhores condições de trabalho, no que diz respeito à relação direta entre empregado e empregador. Já a greve com finalidade sindical é aquela que visa melhoria ou a garantia do modelo sindical existente.

Por fim, greve com finalidade exclusivamente política é aquela que, sem conexão direta entre a relação empregado e empregador, visa lutar contra ou por atos de governo e de órgãos públicos. Um exemplo que pode ser destacado é a greve de 2003, na Espanha, contra a intervenção do país na guerra do Iraque.

Estabelecidas tais conceituações, é primordial trazer a reflexão de Evaristo de Moraes Filho, que critica essas delimitações precisas de greve apresentadas anteriormente. Esse autor preleciona que é impossível delimitar e distinguir, com precisão, o que seria uma greve política ou greve profissional. Segundo o autor, no mundo moderno, as interferências são tais entre o político, o econômico e o social, que se torna muitas vezes difícil traçar a linha de demarcação entre esses tipos de greve.²⁴

Para Amauri Mascaro Nascimento, até quando os conflitos de trabalho são declaradamente políticos, isso não significa que forçosamente não gozem de uma proteção legal, pois podem ter sido declarados por ocasião ou em apoio a um conflito de trabalho,

²³ SINAY, Hélène; JAVILLIER, Jean Claude. *La grève dans Traité de droit du travail*. Paris: Dalloz, 1966, p. 54-61.

²⁴ MORAIS FILHO, Evaristo de. *Direito de Greve*. In: Revista LTr Julho/86. São Paulo: LTr, 1986, p. 776.

ainda que no fundo sejam políticos.²⁵ O contrário também é válido, há conflitos aparentemente trabalhistas, mas com claros conteúdos políticos, de modo que essa demarcação de fronteiras entre político e econômico é imprecisa. Na verdade, a greve, por sua natureza, não é só um fato social e jurídico, mas também – e essencialmente – é uma manifestação política, ideológica, de consciência dos seus promovedores, de reação ao poder do empregador²⁶, sendo uma manifestação em que a classe dos trabalhadores, efetivamente, se encontra como classe. Portanto, qualquer conceituação de greve política acaba sendo falha ou insuficiente. Para fins de delimitação do trabalho, a conceituação ampla de Cristiano Paixão será utilizada quando nos referirmos a greves políticas.

4. Tratamento legal e jurisprudencial da greve política

Por fim, após contextualizar historicamente o caminho da transformação da greve em direito nos países estudados e delimitar os principais termos desse trabalho, passa-se a analisar o tratamento legal e jurisprudencial dado às greves políticas no Brasil, na França, na Espanha e na Itália.

4.1. Brasil

Inicialmente, é interessante perceber que, dos países estudados, o Brasil é o único que possui um texto normativo exclusivamente para regular as greves no âmbito privado e público, a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, denominada Lei de Greve. O texto traz pré-requisitos que todo movimento grevista deve seguir para que o movimento não seja declarado abusivo, como o aviso prévio, a tentativa prévia de negociação, a manutenção das atividades essenciais, entre outros.

²⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na constituição de 1988*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 300.

²⁶ LIMA, Francisco Gerson Marques de. *Greve: Um direito antipático*, op. cit., p. 32.

Todavia, não há na lei brasileira uma limitação quanto aos interesses que possam ser defendidos greve.

Pelo contrário, de acordo com a Lei de Greve, nos termos do artigo 1º: “é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”.

No mesmo sentido, artigo 9º da Constituição Federal estabelece:

Art. 9: é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que davam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas a lei.

O artigo 9º e artigo 1º da Lei nº 7.783/89 são expressos quanto a essa liberdade na definição dos interesses da greve pelo trabalhador, trazendo que cabe a eles decidir sobre os interesses que irão defender.

Todavia, a jurisprudência limita esse direito constitucional, declarando greves supostamente políticas reiteradamente como abusivas. Desde a promulgação da Constituição de 1988, todas as greves políticas julgadas pelo TST foram declaradas abusivas por serem políticas. Mas com qual fundamento se faz essa limitação?

O principal argumento utilizado no Brasil para declarar uma greve política como abusiva é retirado do acórdão do TST relativo à greve dos portuários de 2013, que teve enorme repercussão jornalística.

Em 2012, a Presidente Dilma Roussef apresentou a Medida Provisória 595, a MP dos Portos, estabelecendo diversas mudanças voltadas para a privatização do setor portuário, abrindo caminho para o aumento da precarização da categoria.

Os trabalhadores, então, entraram em greve, que posteriormente foi declarada abusiva pelo TST. De acordo com o Tribunal, o empregador, apesar de diretamente afetado pela greve, não dispõe de poder de negociar e pacificar o conflito, já que a greve é contra atos do Estado,

ficando ele sem empregado em uma greve que não pode solucionar.²⁷

Esse argumento, que o TST utiliza reiteradamente para declarar abusiva as greves políticas, ignora a enorme influência que os grandes empresários têm no âmbito político. Nas palavras de Baboin: [...] mesmo através de uma análise superficial, percebe-se que não corresponde à realidade e à atual configuração de poderes a separação nítida entre economia e política ou entre Estado e Sociedade Civil; a influência empresarial nas mudanças das políticas governamentais é algo cotidiano; e é facilmente percebida através dos lobbys empresariais ou das concentrações de grupos de interesses econômicos nas diversas instâncias de poder, como é o caso, por exemplo, da bancada ruralista e da bancada industrial²⁸.

Na própria greve dos portuários de 2013, por exemplo, declarações de Lúcio Funaro,²⁹ em sua delação, e de Eduardo Cunha³⁰ comprovam como a Medida Provisória foi elaborada para beneficiar grandes empresas.

Desse modo, declarar a abusividade da greve política com base no argumento de que o empregador não ocasionou o conflito que gerou a greve e que ele não pode solucionar o conflito é ignorar essa enorme influência dos grandes empresários na política e impossibilitar que os trabalhadores tentem, na mesma medida, pressionar o meio político. Conforme ensina Francisco Gérson Marques de Lima, “a

²⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão: SDC-00251/2013-1. Processo: 00013932720135020000. Ação Declaratória de Abusividade de Greve. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8589048&prclD=4783560&ad=s#>>. Acesso em: 27 de outubro de 2019, p. 04-05.

²⁸ BABOIN, José Carlos de Carvalho. *O tratamento jurisprudencial da greve política no Brasil*. São Paulo, 2013. Dissertação (Mestrado em direito) - (FADUSP) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 64.

²⁹ MACEDO, Fausto. STF homologa delação de Lúcio Funaro. 05 set. 2017a. O Estadão. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/fachin-homologa-delacao-de-lucio-funaro/>>. Acesso em: 27 de outubro de 2019.

³⁰ SCHMITT, Gustavo. Cunha diz que MP dos Portos pretendia beneficiar Odebrecht. São Paulo, 03 abr. 2018. Disponível em: Acesso em: 27 de outubro de 2019.

empresa possui o poder de mando, poderes diretivo, disciplinar etc., além do nítido poder econômico; os empregados possuem o direito de greve. É esta a balança, um ponto mínimo de equilíbrio”³¹.

4.2. França

Na França, a greve é garantida pelo preâmbulo Constituição de 1946, que estabelece que “o direito de greve exerce-se no âmbito das leis que o regulamentam”.

Todavia, diferentemente do Brasil, praticamente não há normas que delimitem o exercício desse direito no país, não havendo, por exemplo, pré-requisitos legais para a deflagração de greves no setor privado, ficando a cargo principalmente da jurisprudência essa delimitação.

Já no setor público, a lei estabelece alguns pré-requisitos. De acordo com o artigo L 521-3 do Code du Travail, por exemplo, é obrigatório para a deflagração do movimento a realização de aviso prévio de no mínimo 5 dias, que deverá estabelecer a duração, o local, a data e a hora de início do movimento, devendo haver, no decorrer desses 5 dias, uma tentativa de negociação.

No que diz respeito à motivação da greve, devido em grande parte a essa falta de um dispositivo que regule o movimento, não há limitação legal no que diz respeito aos interesses defendidos pelos grevistas, sendo encargo da jurisprudência também esse tema.

Em julgamento no dia 12 de outubro de 1960, a Corte de Cassação Francesa estabeleceu o precedente que determina a abusividade das greves políticas³². No caso, trabalhadores que participaram de uma greve contra a Guerra da Argélia e o conseqüente aumento do custo de vida ocasionado por essa guerra foram demitidos, o que seria ilegal, já

³¹ LIMA, Francisco Gerson Marques de. *Greve: Um direito antipático*, op. cit., p. 84

³² FRANÇA. Cass. Soc., 12 octobre 1960, pourvoi n°JURITEXT000006953676, Bull. civ.N° 852. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006953676>; Acesso em 27 de outubro de 2019.

que o grevista é protegido pelo direito de greve. Todavia, ao apreciar a legalidade dessa demissão, a Corte de Cassação francesa considerou o movimento como puramente político e, portanto, abusivo, declarando a legalidade dessas demissões.

Essa visão equivocada pretende transformar a greve, que é um movimento por sua essência político, em uma lide trabalhista, em que só pode haver objetivos profissionais. Esse ponto de vista ignora a finalidade última da greve, que é a luta por melhores condições sociais dos trabalhadores.

A greve é um mecanismo constitucionalmente assegurado para essa luta dos obreiros, não fazendo sentido essa busca ser restrita aos conflitos apenas relacionados com a relação patrão-empregado.

Além disso, essas divisões precisas entre o político e o profissional são no mínimo imprecisas. Uma greve contra uma guerra, por exemplo, pode parecer puramente política, mas analisando os efeitos da guerra, como a elavação do custo de vida, que vai acabar obrigando grande parte da população a ter que trabalhar mais para sustentar a sua família, é perceptível que há também interesses profissionais envolvidos.

Apesar dessa visão ainda ser a predominante na jurisprudência francesa, já há avanços em relação a esse tema. No caso do julgamento nº 04-43.923 da Corte de Cassação francesa, trabalhadores da empresa Lamy Lutti que ganhavam bônus por assiduidade entraram em greve contra a reforma da previdência³³. O empregador, julgando que a greve era política e, portanto, abusiva, retirou o bônus dos trabalhadores.

O tribunal julgou essa retirada de bônus como ilegal, declarando que a greve que os trabalhadores estavam participando não era puramente política, tendo claros aspectos profissionais.

O interessante da decisão é reconhecer que não é necessário que a reivindicação esteja relacionada necessariamente relacionada ao

³³ FRANÇA. Cass. soc., 15 févr. 2006, nº 04-43.923, Bull. 2006 V N° 67 p. 60. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007050172&fastReq>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

contrato de trabalho para ser considerado um interesse profissional. Uma reforma da previdência, apesar de não estar diretamente relacionado ao contrato, é uma demanda profissional, pois afeta diretamente na quantidade de trabalho que a população terá que realizar para conseguir uma aposentadoria, por exemplo.

4.3. Itália

Na Itália, o direito de greve é garantido pela pelo artigo 40 da Constituição, que estabelece que: “o direito de greve é exercido no âmbito das leis que o regulamentam, permanecendo fora qualquer noção delimitativa relativa à extensão da abstenção”. É interessante perceber que essa definição aceita expressamente greves atípicas, como a greve trombose, em que a abstenção do trabalho não ocorre de forma total, mas parcial.

Além disso, apesar de o artigo 40 ter estabelecido que o direito de greve é exercido no âmbito das leis que o regulamentam, a Itália também é um país com poucas leis que regulamentam o direito de greve, cabendo a jurisprudência esse papel.

Assim como nos demais países estudados, há uma lei para as greves no setor público, a Legge 15 giugno 1990, n.146. A lei apresenta vários pré-requisitos que a greve do setor público deve seguir, como o aviso prévio de 10 dias da realização da greve, a tentativa de negociação prévia, a notificação dos usuários em até 5 dias antes da paralização, o estabelecimento da duração do movimento, além de apresentar também um enorme rol de serviços essenciais

No que diz respeito à jurisprudência, definição de greve foi estabelecida pela decisão 711/1980 da Corte de Cassação, que estabeleceu que a greve é uma “abstenção coletiva de trabalho, estabelecida por uma pluralidade de empregados com um objetivo comum”³⁴. Definição que, apesar de limitar greves atípicas que não necessitam de uma abstenção do trabalho, como a greve de zelo, não

³⁴ ITÁLIA. Cass. civ. Sez. lavoro, 30 de janeiro de 1980, n. 711: (IN *Il Foro Italiano* Vol. 103,

limita greves por sua motivação.

Essa definição que abarca as greves políticas é refletida no entendimento da jurisprudência italiana, que diferente dos países estudados, considera como legais as greves políticas.

Para explicar como a jurisprudência chegou a essa conclusão é necessário saber que o Código Penal italiano, conhecido como Código Rocco, foi editado na ditadura de Benito Mussolini, tendo algumas disposições legais que remontam o período e não foram recepcionadas pela Constituição italiana de 1947,

O artigo 503 do Código Penal proíbe expressamente as greves com finalidade política e foi declarado inconstitucional pela Corte Constitucional italiana. De acordo com o julgamento, “é difícil, se não impossível, distinguir entre greves para fins econômicos e greves para fins políticos, dada a estreita conexão entre as duas formas³⁵”.

Além disso, “no atual momento histórico da sociedade italiana, o conceito de greve deve ter um significado e escopo muito mais amplo do que o da simples abstenção de trabalho para fins contratuais³⁶”.

A decisão, todavia, cria uma exceção, nem todas as greves políticas são protegidas constitucionalmente, de acordo com a sentença, a punição da greve política presente no art. 503 do Código Penal deve ser considerada legítima se o movimento paredista pretende subverter a ordem constitucional. No caso, segundo a sentença, o fim político entra em conflito com a própria Constituição, que não apenas permite, mas impõe aquelas medidas indispensáveis para preservar, contra toda subversão, os princípios fundamentais que a caracterizam³⁷.

Parte prima: giurisprudenza costituzionale e civile (1980), pp. 25/26-43/44).

³⁵ ITÁLIA. C. cost. 27.12.1974, n. 290. Disponível em: <http://www.giurcost.org/decisioni/1974/0290s-74.html> Acesso em :27 de outubro de 2019.

³⁶ ITÁLIA. C. cost. 27.12.1974, n. 290. Disponível em: <http://www.giurcost.org/decisioni/1974/0290s-74.html> Acesso em :27 de outubro de 2019.

³⁷ ITÁLIA. C. cost. 27.12.1974, n. 290. Disponível em: <http://www.giurcost.org/decisioni/1974/0290s-74.html> Acesso em :27 de outubro de 2019.

4.4. Espanha

Na Espanha, após o fim da ditadura de Francisco Franco, a licitude da greve foi inicialmente reconhecida pelo “Real Decreto-ley 17/1977 sobre relaciones de trabajo”. Um ano depois, foi promulgada a Constituição Espanhola de 1978, reconhecendo novamente o direito de greve no artigo 28.2 da Constituição Espanhola, que dispõe: “reconhece-se o direito à greve dos trabalhadores para a defesa dos seus interesses. A lei que regula o exercício deste direito estabelecerá as garantias necessárias para assegurar a manutenção dos serviços essenciais da comunidade”.

Como se observa, assim como na Constituição Brasileira, a Constituição espanhola não faz limitação sobre os interesses possíveis de uma greve, havendo uma liberdade nesse sentido, o que permitiria greves políticas e greves de solidariedade.

Todavia, o artigo 11 do Real Decreto-ley 17/1977 proíbe expressamente esse tipo de manifestação, contrariando o a amplitude dada pela Constituição:

Artículo once.

La huelga es ilegal:

a) Cuando se inicie o se sostenga por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados.

Apesar dessa lei limitante, a jurisprudência espanhola já avança no sentido de modificar o entendimento relativo a diferenciação entre greves políticas e profissionais. A sentença 15/2018, de 2 de maio de 2018, do Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, estabeleceu o instituto da “greve mista”, que teria objetivos profissionais e políticos juntos. A greve mista, diferente da greve política, não entraria no disposto do artigo 11, sendo lícita³⁸.

³⁸ Espanha. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia 15/2018, de 2 de maio de 2018. Disponível em: https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/NSJ058501_2.pdf Acesso em 27 de outubro de 2019.

5. Considerações finais

O Direito do Trabalho é um fenômeno global, nascendo como resposta a uma luta internacional dos trabalhadores no começo do século XX e pela criação da OIT no Tratado de Versalhes.

Hoje, a sua destruição e seu ressurgimento também são fenômenos internacionais. O neoliberalismo, que se expande para todos os cantos do mundo, o destrói, já as grandes manifestações populares que o combatem o neoimperialismo e o neoliberalismo, o fazem ressurgir.

Assim, um estudo de Direito Comparado relacionado ao Direito do Trabalho se torna imprescindível. Principalmente se o tema for relacionado à principal forma que os trabalhadores têm em mãos para lutar contra injustiças: a greve.

Estamos presenciando o fenômeno das greves internacionais, como a Greve da Uber e a Greve Mundial pelo Clima, que definitivamente são o futuro da luta dos trabalhadores, em um mundo cada vez menor e dominado por grandes corporações.

Todavia, essas greves internacionais são greves políticas, e esse tipo de greve é reiteradamente considerado abusivo pelos tribunais superiores brasileiros, buscar entendimentos alternativos a esse posicionamento jurisprudencial brasileiro nos tribunais do exterior é fundamental.

Os países estudados, além do Brasil, foram Espanha, Itália e França, que são países desenvolvidos com um Direito do Trabalho mais consolidado e menos precarizado.

Nesses países, o caminho para a transformação da greve em direito foi parecido com o brasileiro, inicialmente sendo considerado um ilícito, posteriormente como uma liberdade e, por fim, como um direito, não necessariamente nessa ordem, mas com perdas e ganhos, envoltos por uma intensa luta dos trabalhadores.

No que diz respeito à positivação da greve, o Brasil é o único

país que possui uma lei exclusiva para regulamentar greves no âmbito privado, o que faz com que ele se torne um dos países mais burocráticos para realização desse tipo de greve.

Outro País com uma legislação limitadora é a Espanha, que no Real Decreto-ley 17/1977 sobre relaciones de trabajo possui 11 artigos regulamentando a greve no setor público e privado.

Já França e Itália apenas possuem leis que regulamentam greves no setor público, a fim de assegurar o mínimo para a população. Dando grande liberdade organizacional para os grevistas do setor privado.

Por fim, no que diz respeito ao tema desse trabalho, a greve política, apesar de a maior parte dos países declarar greves políticas como abusivas, há alternativas a serem extraídas.

Iniciando do País mais restritivo, a Espanha impede a greve política já na legislação, o artigo 11 do Real Decreto-ley 17/1977, que proíbe expressamente greves políticas, contrariando o disposto Constitucional, que estabelece liberdade de interesses aos grevistas.

O Brasil, apesar de não ter limitado a greve política na lei, limita na jurisprudência, declarando reiteradamente greves políticas como abusivas desde a promulgação da Constituição de 1988, sob argumento principal de que “o empregador, apesar de diretamente afetado pela greve, não dispõe de poder de negociar e pacificar o conflito, ficando ele sem empregado em uma greve que não pode solucionar”. Argumento que ignora a enorme influência dos empresários no meio político, que muitas vezes ocasionam o conflito político que origina essas greves.

Já na França, a greve política é também considerada abusiva pela jurisprudência, que faz uma divisão entre greve política e profissional que não faz sentido, pois ignora os impactos profissionais que uma medida política pode ter, como os impactos de uma Guerra no custo de vida e, conseqüentemente, na quantidade de trabalho que a população deve realizar.

Já na Itália, há o melhor tratamento jurisprudencial das greves políticas dentre os países estudados. Os tribunais consideram que a diferenciação entre público e privado é muito difícil, senão impossível

de ser feita. Além disso, consideram que o objetivo das greves é melhorar a qualidade de vida do trabalhador, isso não sendo resumido ao âmbito profissional.

É interessante perceber que a Itália é o único País dos estudados a reconhecer a greve política em grande parte por ter consciência de que a proibição da greve política é um resquício de uma legislação que remonta o fascismo e, portanto, incompatível com os princípios constitucionais.

Por fim, mesmo nos outros dois países que declaram greves políticas como abusivas, já há um abrandamento em relação ao significado da greve política. A Corte de Cassação francesa reconheceu que uma greve contra a Reforma da Previdência é uma greve também profissional e, portanto, legal. Já o Tribunal Superior de Justiça da Cataluña estabeleceu a “greve mista”, que teria traços políticos e profissionais, sendo, assim, lícita.

Referências

BABOIN, José Carlos de Carvalho. O tratamento jurisprudencial da greve política no Brasil. São Paulo, 2013. Dissertação (Mestrado em direito) - (FADUSP). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão: SDC-00251/2013-1. Processo: 00013932720135020000. Ação Declaratória de Abusividade de Greve. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8589048&prclID=4783560&ad=s#>>. Acesso em: 27 de outubro de 2019.

CORREGLIANO, Danilo Uler. O sistema de controle judicial de movimento grevista no Brasil: Da greve dos petroleiros em 1995 aos dias atuais. São Paulo, 2013. Dissertação (Mestrado em direito) - (FADUSP) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

CORSO, Fulvio. *Il diritto sindacale*. Torino: Giappichelli Editore, 2008. P. 97

ESPANHA. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia 15/2018, de 2 de maio de 2018. Disponível em: https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/NSJ058501_2.pdf Acesso em 27 de outubro

de 2019.

FRANÇA. Cass. Soc., 12 octobre 1960, pourvoi n°JURITEXT000006953676, Bull. civ.N° 852. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006953676>; Acesso em 27 de outubro de 2019.

FRANÇA. Cass. soc., 15 févr. 2006, n° 04-43.923, Bull. 2006 V N° 67 p. 60. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006953676>; Acesso em 27 out 2019.

GALANTINO, Luisa. *Diritto sindacale*. Torino: Giappichelli Editore, 2009.

GELABERT, Miquel Porret. La huelga, el asociacionismo sindical y el lockout en países desarrollados. *Revista técnico laboral*, ISSN 0210-8305, Vol. 31, N° 122, 2009.

ITÁLIA. C. cost. 27.12.1974, n. 290. Disponível em: <http://www.giurcost.org/decisioni/1974/0290s-74.html> Acesso em :27 de outubro de 2019.

ITÁLIA. Cass. civ. Sez. lavoro, 30 de janeiro de 1980, n. 711: (IN *Il Foro Italiano* Vol. 103, Parte prima: giurisprudenza costituzionale e civile (1980), pp. 25/26-43/44).

LEONELLI, Dante. Direito de greve. Curitiba: Litero-Tecnica, 1958.

LIMA, Francisco Gerson Marques de. **Greve : Um direito antipático**. Fortaleza: Premium, 2014.

LINHARES, *Hermínio*. *Contribuição à história das lutas operárias no Brasil*. São Paulo: Alfa Ômega, 1977.

MACEDO, Fausto. STF homologa delação de Lúcio Funaro. 05 set. 2017a. O Estadão. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/fachin-homologa-delacao-de-lucio-funaro/>>. Acesso em: 27 de outubro de 2019.

MELGAR, A. Derecho del Trabajo. Madrid. Tecnos. 2016.

MONÍS, Carlos López. *O direito de greve: Experiências Internacionais e doutrina da OIT*. São Paulo: LTR, 1986.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas 2005.

MORAIS FILHO, Evaristo de. Direito de Greve. In: *Revista LTr* Julho/86. São Paulo: LTr, 1986.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na constituição de 1988*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

PAIXÃO, Cristiano. Reforma trabalhista e direito de greve no Brasil. 2016. Jota. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reforma-trabalhista-e-direito-de-greve-no-brasil-27072016>>. Acesso em: 27 de outubro de 2019.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. *Derecho sindical español*. Madrid. Tecnos, (1994).

RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. A greve como legítimo direito de prejudicar. In *Revista do Ministério Público*. Ano VI. v.11 Brasília: Ministério Público da União, mar. 1996.

ROMITA, Arion Sayão (coord). *Sindicalismo*. São Paulo: LTr, 1986.

SCHMITT, Gustavo. Cunha diz que MP dos Portos pretendia beneficiar Odebrecht. São Paulo, 03 abr. 2018. Disponível em: Acesso em: 27 de outubro de 2019.

SINAY, Hélène; JAVILLIER, Jean Claude. *La grève dans Traité de droit du travail*. Paris: Dalloz, 1966.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 1993.

VARELA i PUIG, J.R. y VARELA i PUIG, A. *Història del món contemporani*, CO-Lumna, oct. 2000.

Capítulo 04

As demandas estruturais no Brasil e os riscos da importação acrítica de sentenças estrangeiras

*Structural demands in Brazil and the risks of accritical import
foreign sentences*

Matheus Casimiro Gomes Serafim¹

Sumário: 1. Introdução; 2. A resposta jurisdicional para a inércia estatal: as sentenças estruturais; 3. O histórico das demandas estruturais no Brasil; 4. A importância de uma tradução jurídica das sentenças estruturais estrangeiras; 4.1. O solipsismo judicial e o Estado de Coisas Inconstitucional; 4.2. A importação descontextualizada por via legislativa: o Compromisso Significativo 5 Considerações finais.

Resumo: o presente trabalho analisa a adoção de sentenças estruturais estrangeiras em demandas estruturais no Supremo Tribunal Federal (STF). Com a maior relevância doutrinária e jurisprudencial dos litígios estruturais no país, há uma tentativa de importar precedentes estrangeiros para a resolução das omissões políticas nesse processo. Essa recepção, todavia, tem sido feita de forma acrítica, sem a devida análise do contexto legal e cultural para o qual essas sentenças foram desenvolvidas, bem como sem as devidas adaptações à nova realidade. Analisado casos paradigmáticos para o desenvolvimento do Estado de Coisas Inconstitucional e do Compromisso Significativo, intenta-se demonstrar como uma importação descuidada desses institutos pode comprometer a eficiência das demandas estruturais nas quais forem utilizadas. Dessa forma, constata-se que a importação acrítica transforma essas sentenças em verdadeiros cavalos de troia: em um primeiro momento aparentam ser a solução de muitos problemas, mas na verdade são aplicadas no país de forma indevida, trazendo consigo falhas ocorridas no país de origem, e que poderiam ser evitadas em um processo de tradução jurídico mais atento à realidade de origem desses institutos.

¹ Professor, Mestrando/UFC, autor de artigos jurídicos, advogado. Email: mcgserafim@gmail.com.

Palavras-chave: Demandas estruturais; Jurisdição Constitucional; Precedentes estrangeiros.

Abstract: This paper analyzes the adoption of foreign structural judgments in structural demands in the Federal Supreme Court. With the major doctrinal and jurisprudential relevance of structural disputes in the country, there is an attempt to import foreign precedents for the resolution of political omissions in this process. This reception, however, has been made uncritically, without proper analysis of the legal and cultural context for which these sentences were developed, as well as without due adaptations to the new reality. Analyzing paradigmatic cases for the development of the unconstitutional State of Affairs and the Meaningful Engagement, we intend to demonstrate how a careless importation of these institutes can compromise the efficiency of the structural demands in which they are used. Thus, it can be seen that uncritical importation turns these sentences into true Trojan horses: at first they appear to be the solution to many problems, but in fact they are misapplied in the country, bringing with them failures in the country of origin, and that could be avoided in a process of legal translation more attentive to the reality of origin of these institutes.

Keywords: Structural demands; Constitutional Jurisdiction; Foreign precedents.

1. Introdução

O presente trabalho analisa como o estudo e a importação de sentenças estrangeiras têm sido feitos de forma acrítica, podendo comprometer a legitimidade e a eficiência dos processos estruturais no Brasil.

Uma das figuras mais conhecidas do imaginário grego é o Cavalo de Tróia, mencionado pela primeira vez por Homero na sua obra Odisseia. A lenda conta que foi um grande e belo cavalo de madeira construído pelos gregos, funcionando como a arma decisiva para garantir a vitória na guerra. O cavalo foi entregue como símbolo da rendição grega aos troianos, os quais, sem saber que no monumento

de madeira estavam escondidos soldados inimigos, levaram-no para dentro da cidade. À noite, soldados saem do cavalo, abrem para o exército grego os portões inexpugnáveis da cidade e a nação troiana encontra a sua ruína.

À semelhança dos troianos, o Poder Público brasileiro, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF), pode estar importando para o país algo que, à primeira vista, representa a solução de muitos problemas, todavia, se feita de forma acrítica, pode não só agravar os problemas já existentes, como também criar vários outros.

No caso, trata-se da utilização de modelos de sentenças estruturais estrangeiros para solucionar litígios estruturais no Brasil, ignorando-se a experiência constitucional dos países que as desenvolveram. O estudo comparado dessas demandas é, sem dúvidas, fundamental para o aperfeiçoamento desse tipo de processo no país, entretanto, a utilização indiligente desses institutos estrangeiros, sem uma cuidadosa análise do contexto no qual e para o qual foram desenvolvidos, pode importar para o país não soluções, mas os mesmos problemas decorrentes dessas sentenças nos seus países de origem.

Dessa forma, o presente trabalho analisa os riscos de uma importação acrítica das sentenças estruturais, focando no estudo de dois modelos: o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) e o Compromisso Significativo. O primeiro modelo foi acolhido pelo STF no julgamento da medida cautelar da ADPF nº 347/DF sendo aplicado ao sistema prisional brasileiro. Já a segunda sentença foi defendida no Projeto de Lei do Senado nº 736/2015, o qual pretendia vincular o STF a realizar um Compromisso Significativo sempre que reconhecer o ECI em alguma decisão.

Como metodologia de pesquisa utilizou-se, além de análise da bibliografia especializada, o estudo de casos paradigmáticos para o desenvolvimento do Compromisso Significativo, na África do Sul, e do Estado de Coisas Inconstitucional, na Colômbia, tendo em vista que esses dois modelos decisórios encontram reais possibilidades de serem utilizados no país, por via jurisdicional ou legislativa.

2. A resposta jurisdicional para a inércia estatal: as sentenças estruturais

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais se tornaram objeto central dos novos textos constitucionais, principalmente em razão do aumento de Constituições que apresentavam um extenso rol desses direitos.² Concomitantemente, o estudo dos referidos direitos passou a ser realizado sob uma nova ótica. Até então, eram vistos como pretensões que resguardavam o indivíduo face ao Estado, o que caracteriza a sua dimensão subjetiva.

A dimensão subjetiva, todavia, não era suficiente para explicar todas as funções inerentes aos direitos fundamentais, razão pela qual se iniciou o estudo da sua dimensão objetiva. Conforme explica Nascimento,³ a dimensão objetiva possui um papel fundamental na proteção dos direitos fundamentais: com base nela, o Estado deve atuar para efetivá-los não apenas quando for demandado, na verdade, o Poder Público está vinculado aos referidos direitos ainda que não haja demandas individuais. Isso significa que o Estado deve atuar, de forma contínua, na elaboração e realização de políticas públicas adequadas à promoção dos direitos constitucionalmente assegurados.

Ainda que essa vinculação estatal esteja pacificada na doutrina constitucional, muitas vezes o Estado permanece inerte na prestação de serviços públicos essenciais à efetivação dos direitos fundamentais, lacuna que é denominada de omissão política. De fato, não se está diante de ausência de atos normativos que regulamentem determinada situação, mas da inexistência de políticas públicas adequadas à proteção desses direitos.

À vista disso, Marmelstein⁴ preleciona que, diferentemente

² BEATTY, David M.. *A essência do Estado de direito*. Tradução: Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 216.

³ NASCIMENTO, F. A. S.. *Direitos Fundamentais e sua dimensão objetiva*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2016. p. 68.

⁴ LIMA, George Marmelstein. A eficácia incompleta das normas constitucionais:

da tradicional omissão inconstitucional normativa, a qual implica em inexistência de ato normativo infraconstitucional que viabilize a proteção de um direito fundamental, as omissões políticas têm caráter concreto e são verificadas quando o Poder Público permanece inerte em ofertar os serviços públicos indispensáveis à proteção de direitos constitucionalmente assegurados.

À vista dessa realidade, alguns segmentos populacionais afetados por essas omissões judicializam a inércia estatal, o que dá origem aos chamados litígios estruturais. Conceituando esse tipo de demanda, Vitorelli⁵ preleciona:

Em resumo, litígios estruturais, para os efeitos do presente estudo, são aqueles que envolvem conflitos multipolares, de elevada complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos pela via jurisdicional, mediante transformação de uma instituição pública ou privada. Há necessidade de reorganização de toda uma instituição, com a alteração de seus processos internos, de sua estrutura burocrática e da mentalidade de seus agentes, para que ela passe a cumprir sua função de acordo com o valor afirmado pela decisão.

Nesse contexto, o Judiciário, em todo o mundo, tem proferido sentenças estruturais que viabilizam a intervenção judicial no âmbito de atuação dos poderes políticos, no intuito de sanar, ainda que parcialmente, as omissões políticas do Estado. Esses provimentos jurisdicionais não intentam apenas apontar que detém a razão no caso concreto, afirmando os direitos que devem ser protegidos. Quando o Judiciário recorre a esses tipos de sentença, ele vai além: objetiva intervir no funcionamento das instituições envolvidas nos litígios, para que novas políticas públicas sejam desenvolvidas ou que essas instituições sejam reorganizadas internamente, para sanar as omissões existentes. Nas palavras de Campos, as sentenças estruturais

desfazendo um mal-entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais. *Revista Jurídica da Fa7*, Fortaleza, v. 12, n. 1, p.10-28, p. 25, 2015.

⁵ VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 369-422, p. 372.

são “comandos voltados a alcançar as mudanças institucionais que caracterizam a *public law litigation*”.⁶

Ademais, é importante ressaltar que o fato de uma decisão determinar uma medida específica para o Executivo ou Legislativo não a torna, por si só, uma sentença estrutural. Como o nome indica, as mudanças visadas por tal modelo decisório não são pontuais, mas estruturais e profundas, demandando a reestruturação de políticas públicas ou das instituições que as elaboram e executam.

Assim, conforme preleciona Fiss,⁷ quando a instância judicial recorre à sentença estrutural, o comum é que o próprio arranjo burocrático, responsável por formular e executar políticas públicas, encontre-se com graves problemas, razão pela qual o Judiciário intervém para promover uma reorganização que leve essa estrutura fragilizada para dentro dos limites constitucionais.

Quando essas sentenças são utilizadas, dois riscos principais costumam ser levantados: primeiro, a incompetência técnica do Judiciário em intervir na formulação de políticas públicas; em segundo lugar, a falta da legitimidade dos órgãos judiciais em alterar escolhas feitas por setores políticos que têm legitimidade de investidura.⁸

Tentando classificar as diferentes formas de intervenção judicial na esfera dos poderes políticos, Tushnet⁹ afirma que existem dois modelos principais: o *strong-form review* e o *weak-form review*. Ainda que toda classificação seja artificial, visto que a realidade em si é mesma

⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p.189.

⁷ FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Bloomington: Índiana University. Indiana University Press, 1978, p. 11.

⁸ VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 369-422, p. 372.

⁹ TUSHNET, Mark V. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 21.

é hipercomplexa não possui essas segmentações,¹⁰ é importante subdividir esses provimentos em grupos diversos, para estudar melhor as características específicas de cada sentença estrutural, bem como os seus efeitos, vantagens e desvantagens.

Importante ressaltar que esses modelos não existem de forma pura na realidade, mas funcionam como tipos ideais weberianos, ou seja, focam em determinadas características da realidade em detrimento de outras, para facilitar a sua compreensão.¹¹

No *strong-form review*, os riscos da competência técnica e da legitimidade institucional são mais evidentes. Nesse modelo, o Judiciário tem o poder de dar a última palavra sobre a solução das omissões políticas¹², podendo inclusive influenciar diretamente na formulação de políticas públicas. Esse tipo de sentença estrutural é classicamente utilizado pela Suprema Corte Americana, que desde o julgamento do caso *Brown v. Board of Education*¹³, em 1954, utiliza as chamadas *structural injunctions* para determinar profundas mudanças em instituições públicas e privadas¹⁴. Além disso, o Estado de Coisas Inconstitucional, na sua primeira fase de aplicação, também se aproxima desse modelo.

Já no *weak-form review*, há a formação de um diálogo institucional entre os poderes políticos e o Judiciário. Nesses casos, o Judiciário influencia a formulação de políticas públicas, mas com base

¹⁰ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2016. pp. 42-44.

¹¹ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 101-102.

¹² TUSHNET, Mark V. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 21.

¹³ FISS, Owen. To make the Constitution a living truth: four lectures on the Structural Injunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 583-607, p. 583.

¹⁴ JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 91-93.

em um diálogo constante com a Administração Pública, que mantém a primazia nesse processo. Assim, busca-se desenvolver um permanente diálogo entre as instâncias judicial e política, com o intuito de romper com o monopólio da interpretação constitucional.¹⁵

À vista dessa classificação, Sabel e Simon¹⁶ propõem um terceiro modelo decisório: o experimentalismo¹⁷. Nesse paradigma, as Cortes são abertas à participação do segmento populacional afetado pela inércia estatal. Assim, as características básicas do *weak-form review* são mantidas, contudo, há um foco maior em incluir os grupos sociais afetados no processo deliberativo de superação das omissões políticas, incluindo nesse diálogo instituições públicas e privadas capazes de colaborar com a resolução da demanda estrutural. Segundo Ray¹⁸, o Compromisso Significativo se enquadra no modelo experimentalista.

Tendo em vista os três modelos apresentados, resta analisar como eles tem influenciado os litígios estruturais no Brasil e a sua eficiência em promover a efetivação de direitos fundamentais de grupos sociais afetados pelas omissões políticas.

3. O histórico das demandas estruturais no Brasil

Ainda que o estudo sobre os processos estruturais seja novo no país, há muito tempo o STF trata sobre a possibilidade de intervenção judicial no âmbito das políticas públicas. O *leading case* sobre o

¹⁵ RAY, Brian. *Engaging with Social Rights: Procedure, Participation, and Democracy in South Africa's Second Wave*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 24.

¹⁶ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Destabilization rights: how public law litigation succeeds*. Cambridge: Harvard Law Review, 2004. p. 1.019.

¹⁷ Tushnet identifica o experimentalismo como uma variante do modelo fraco de revisão judicial. TUSHNET, Mark V. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 249.

¹⁸ RAY, Brian. *Engaging with Social Rights: Procedure, Participation, and Democracy in South Africa's Second Wave*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 24.

tema, e que fixou a base jurídica para o desenvolvimento dos litígios estruturais, foi a ADPF nº 45, na qual o tribunal firmou o entendimento de que seria possível determinar medidas para o Executivo quando o mínimo existencial dos detentos de determinando estabelecimento prisional estivesse sendo violado. No referido caso, consolidou-se também o entendimento que o Executivo e o Legislativo não tinham irrestrita liberdade de atuação, cabendo ao Judiciário resguardar o mínimo existencial ameaçado pelas omissões estatais.¹⁹

Com base no referido entendimento, o Supremo, no julgamento do RE nº 592.581, consignou que o Judiciário pode determinar que a Administração Pública realize reformas emergenciais em presídios para assegurar o mínimo existencial dos detentos. É nesse sentido o teor do tema 220, de repercussão geral e oriundo do julgamento do referido Recurso Extraordinário, deixando claro que há “Competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos”.²⁰

Além disso, Jobim²¹ aponta que o julgamento do mandando de injunção nº 708, o qual contestava a ausência de lei que regulamente o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da Constituição Federal, seria um dos pontos de partida para as demandas estruturais no país. No julgamento, decidiu-se que, diante da falta de regulamentação, as normas destinadas ao setor privado, as quais se encontram na Lei nº 7.783/89, valeriam para regular a greve dos servidores públicos.

No julgamento, o ministro Ricardo Lewandowski, acompanhado pelos ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio de Mello,

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF*. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf. Acesso em: 17 set. 2019.

²⁰ STF/Pleno, RE 592.581, Min Ricardo Lewandowski, tema 220, julg. 13.08.2015.

²¹ JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes*: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. pp. 169-171.

estabeleceram 16 condições para que a referida lei fosse utilizada. Dentre esses requisitos, o de nº 10 veda à administração que se utilize de qualquer meio de constrangimento para obrigar o servidor a retornar ao trabalho ou ainda para frustrar a divulgação do movimento. Diante disso, o autor afirma que:

Essa recomendação é um típico caso de medida estruturante, ou seja, a própria Corte Superior, dotada de *imperium*, ordena que seja realizada a paralisação dessa forma de opressão, ou seja, sem a ingerência da administração pública para obrigar o servidor a trabalhar.²²

Ainda que esses casos tenham propiciado uma maior intervenção do Judiciário na elaboração e execução de políticas públicas, o principal marco para as demandas estruturais foi o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no julgamento da medida cautelar da ADPF 347/DF, em 2015. A partir dessa decisão, multiplicaram-se os trabalhos que versam sobre litígios estruturais e o ECI. A razão para tal viragem é o ineditismo da decisão: pela primeira vez o STF expressamente reconhece a utilização de uma sentença estrutural, destinada a modificar profundamente um conjunto de instituições públicas.

A referida ação foi ajuizada tendo em vista a realidade caótica do sistema prisional brasileiro. Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) divulgado pelo Ministério da Justiça em 2017, entre o ano de 2005, quando o estudo começou a ser realizado, e o ano de 2016, a população carcerária brasileira duplicou. Ademais, segundo a mesma pesquisa, a taxa de ocupação dos presídios no país é de 197,4%. Tendo em vista que existem somente 368.049 vagas, isso equivale a dois presos ocupando uma vaga. Esse cenário fica ainda mais preocupante considerando-se a informação de que do total da população encarcerada, 40% são presos provisórios, isto é, que ainda aguardam o seu julgamento.²³

²² JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes*, op. cit., p. 171.

²³ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN*. Brasília: Ministério da Justiça – DEPEN, agosto de 2017. Disponível em: <http://dados.gov.br/dataset/>

À vista desse cenário, e levando em consideração a falta de vontade política de solucioná-lo, a qual resta evidente no constante contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a ADPF nº 347/DF com o intuito de obter o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário. Juntamente a esse pedido, apresentou uma série de outros pleitos, tanto de caráter cautelar quanto definitivo.

Analisando os pedidos cautelares, o ministro Marco Aurélio, relator da ação, determinou que juízes e tribunais:

I) lançassem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicavam medidas alternativas à privação de liberdade; ii) realizassem audiências de custódia, em até 90 dias, com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; iii) considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; iv) estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão; v) que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, abstando-se de realizar novos contingenciamentos.²⁴

As principais ameaças à adoção do ECI no Brasil, entretanto, encontram-se nos seus pedidos finais. Para tentar superar a crise no sistema prisional, a parte autora deseja conferir um poder exacerbado ao Judiciário, que pode se tornar uma instância revisora dos atos da Administração Pública. Nesse sentido, o PSOL formulou os seguintes pedidos:

inopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias. Acesso em: 25 jul. 2019.

²⁴ VIEIRA JUNIOR, R. J. A. *Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). p. 19. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>. Acesso em: 25 jul. 2019.

a) Declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro; b) Confirmar as medidas cautelares aludidas acima; c) *Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional ("Plano Nacional") visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos;* d) Submeter o Plano Nacional à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o mesmo, além de ouvir a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas; e) *Deliberar sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional. Nesta tarefa, a Corte pode se valer do auxílio do Departamento de 72 Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.* f) *Após a deliberação sobre o Plano Nacional, determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF, no prazo de 3 meses, um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado, e que contenha metas e propostas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de 2 anos. Cada plano estadual ou distrital deve tratar, no mínimo, de todos os aspectos referidos no item "c" supra, e conter previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das mesmas.* g) Submeter os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar. Submetê-los, ainda, à sociedade civil local, em audiências públicas a serem realizadas nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo a Corte, para tanto, delegar a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do art. 22, II, do Regimento Interno do STF. h) *Deliberar sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor outras medidas alternativas ou complementares que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional na unidade federativa em questão.* Nessa tarefa, mais uma vez, a Corte Suprema pode se valer do auxílio do Departamento

de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça. *i) Monitorar a implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.*²⁵ (Grifou-se)

Além de uma série de medidas específicas, o PSOL, no que se refere ao pedido para que a União elabore um Plano Nacional visando a superação do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário, estabelece não só o prazo de 3 anos para que o ECI seja solucionado, bem como elenca uma série de finalidades e metas que o referido plano deve realizar. Aduz o partido que:

O Plano Nacional deverá conter propostas e metas específicas para a superação das graves violações aos direitos fundamentais dos presos em todo o país, especialmente no que toca à (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (ii) diminuição do número de presos provisórios; (iii) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (iv) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (v) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vi) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (vii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (viii) adoção de medidas visando a

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF*. Arguente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, Distrito Federal, 09 de janeiro de 2015. Brasília. pp. 70-73. Disponível em: <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT.

O Plano Nacional deve conter, também, a previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das medidas de incumbência da União Federal e de suas entidades.²⁶

Diante desses pedidos, é possível constatar que o eventual deferimento total da ação transformará o STF em uma instância revisional superior dos trabalhos do Executivo. Afinal, o tribunal poderá alterar ou complementar os planos que serão formulados com quaisquer medidas que ache necessários, podendo ignorar até as análises técnicas desenvolvidas pelos órgãos administrativos competentes para tanto.

Tendo em vista os rios decorrentes de uma má utilização do ECI pela jurisdição constitucional, o senador Antônio Carlos Valadares apresentou, em 11 de novembro de 2015, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 736/2015, o qual, além de estabelecer pressupostos objetivos a serem observados pelo tribunal para o reconhecimento do ECI, determinava também que o reconhecimento desse estado de coisas implicasse na celebração de um Compromisso Significativo entre o Poder Público e os segmentos populacionais afetados.

Ainda que haja uma boa intenção subjacente à ADPF nº 347/DF e ao PLS nº 736/2015, ambas as propostas acabam por importar modelos de sentenças estruturais sem observar o contexto para o qual foram desenvolvidas. A consequência disso é não só uma violação da separação dos poderes, mas um comprometimento da própria eficiência da demanda estrutural, cujo resultado final pode ser pior que o inicial.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF*. Arguente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, Distrito Federal, 09 de janeiro de 2015. Brasília. pp. 72-73. Disponível em: <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

4. A importância de uma tradução jurídica das sentenças estruturais estrangeiras

No âmbito do direito comparado, é comum a utilização de expressões como importação ao transplante de instituto jurídicos entre países diversos. Adotar essas nomenclaturas, contudo, não é o mais adequado. Isso porque termos como transplante remetem ao que ocorre na medicina: transfere-se o órgão de um organismo para o outro. Dessa forma, a pretensão de importar ou transplantar um instituto jurídico de um país para outro pode conduzir à ilusão de que essa transferência ocorrerá de forma integral, ou seja, que o instituto em questão será adotado da mesma forma que foi em seu contexto original,²⁷ pensamento que ignora duas realidades: a do país de origem e do país receptor.

Por essa razão, conforme preceitua Foljanty²⁸, ao estudar a possibilidade de utilizar um instituto jurídico estrangeiro em um novo país, deve-se pensar em termos de tradução cultural: a finalidade não é reproduzir integralmente o instituto importado, mas amoldá-lo a uma nova realidade cultural e jurídica, para que possa produzir bons resultados. Nesse processo, é fundamental que se observe também o contexto para o qual o instituto foi desenvolvido, evitando-se, assim, a reprodução de erros cometidos no país de origem.

4.1. O solipsismo judicial e o Estado de Coisas Inconstitucional

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma sentença estrutural desenvolvida pela Corte Constitucional Colombiana (CCC) e, segundo Campos²⁹, pode ser definida como uma decisão que busca conduzir

²⁷ FOLJANTY, Lena. Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: on the Consequences of a Metaphor. *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series*, nº 2015-09. pp. 4-5.

²⁸ FOLJANTY, Lena. Cit., p. 7-8.

²⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Juspodium, 2016, p. 97.

o Poder Público a observar a dignidade da pessoa humana, a qual se encontra ameaçada em virtude de graves e reiteradas ações e omissões de instituições estatais que violam os direitos fundamentais de determinados segmentos populacionais.

O ECI foi utilizado pela primeira vez em 1992, na Sentencia de Unificacion SU. 559/97. Nesse caso, docentes das cidades de *Zambrano e Maira de La Baja*, após anos de contribuições previdenciárias para o Fundo Nacional de Benefícios Sociais do Magistério, acabaram por não receber a contraprestação devida no momento de suas aposentadorias, sendo prejudicados pela omissão dos agentes municipais.³⁰ Assim, as cidades colombianas, ao não filiarem e pagarem as contribuições necessárias para que os docentes pudessem usufruir de seus direitos fundamentais à saúde e à assistência social, violaram os direitos desse grupo.³¹

Tendo em vista a gravidade da situação, a Corte assegurou a filiação dos demandantes ao fundo previdenciário. Ademais, ciente de outros municípios do país se encontravam na mesma situação, a Corte entendeu que seria menos oneroso conferir um provimento jurisdicional que englobasse múltiplas situações, do que julgar individualmente cada uma das ações ajuizadas pelos professores interessados no caso.³²

Analisando o desenvolvimento do ECI, Campos³³ conclui que é

³⁰ MARMELSTEIN, George. O Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, Pedro Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (Org.). *Diálogo Jurídicos Luso-Brasileiros Volume 1 perspectivas atuais de Direito Público: o Direito em tempos de crise*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015. p. 241- 264, p. 242.

³¹ TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco. CICHOSKI, Patricia Kristiana Blagitz. Estudo comparado das decisões da Corte Constitucional Colombiana e do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347/DF. XXV Congresso do CONPEDI - Curitiba. Área: *Constituição e Democracia II*. p. 193-211, p. 195-196. Disponível em: . Acesso em: 16 mar. 2018.

³² VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. *La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado "Estado de cosas inconstitucional"* Estudios Constitucionales, v. 1, n. 1, 2003, p. 203-228, p.214.

³³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Salvador:

possível diferenciar duas fases principais na aplicação do instituto: a primeira, marcada pela ineficiência e por intervenções solipsistas do judiciário, cujo maior exemplo é a sentença T-153; já a segunda, iniciada com a sentença T-25, é caracterizada pelo rigor na identificação de situações que verdadeiramente ensejam o reconhecimento do ECI, bem como por uma maior preocupação com a eficiência das demandas estruturais.

E aqui é possível constatar porque a ADPF nº 347/DF acaba proporcionando uma importação acrítica do ECI, tendente à ineficiência: os seus pedidos aproximam a demanda estrutural do resultado obtido na sentença T-153, a qual versava sobre uma situação análoga.

Assim como ocorre hoje no Brasil, a Colômbia possuía um sistema prisional falho, permeado de graves violações aos direitos fundamentais dos encarcerados e comprometido pelo processo de superlotação³⁴. Diante dessa realidade, diversas ações de tutela³⁵ foram propostas no intuito de exigir do Estado uma solução. Inicialmente, as ações ajuizadas tratavam do sistema prisional das cidades de Bogotá e *Bellavista*, entretanto, percebendo que semelhantes violações aos direitos fundamentais eram encontradas em prisões de todo o país, a CCC reconheceu o ECI do sistema carcerário, na tentativa de superar as omissões políticas existentes.

Diante desse cenário, a Corte determinou uma série de medidas que deveriam ser adotadas pelas instituições prisionais colombianas,

Juspodium, 2016, p. 167.

³⁴ MARMELSTEIN, George. O Estado de Coisas Inconstitucional, cit., p. 245-247.

³⁵ A ação de tutela é um instrumento processual introduzido pela Constituição Colombiana de 1991, no intuito de proteger a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Valendo-se dessa ação, introduzida pela Constituição Colombiana de 1991, qualquer pessoa pode ingressar em juízo pleiteando proteção aos seus direitos fundamentais, que eventualmente estejam ameaçados pela ação ou omissão de qualquer autoridade pública. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. *La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado "Estado de cosas inconstitucional"* Estudios Constitucionales, v. 1, n. 1, 2003. p. 203-228, p. 205-206.

com o intuito de proteger os direitos fundamentais dos encarcerados. Essas medidas incluíam reformulações nas políticas públicas existentes, construção de novos módulos prisionais e reorganização das disposições orçamentárias, com o intuito de dar uma prioridade fiscal maior para a crise existente.³⁶

Ainda que a atuação jurisdicional tenha sido imbuída de boas intenções, os objetivos pretendidos pela Corte não foram alcançados, isso porque, conforme explicam Garavito e Franco³⁷, a CCC adotou uma postura de legitimidade duvidosa e ineficiente, focando em soluções impostas unilateralmente e que produziram efeitos sobretudo em curto prazo. Analisando as razões para esse fracasso, Maia³⁸ aponta três fatores principais: medidas excessivamente rigorosas e impostas de forma unilateral pela Corte, ausência de meios de fiscalização por parte do Judiciário e tangenciamento do cerne da questão carcerária do país.

Ao proferir a sentença T-25, a Corte determinou uma série de alterações nas políticas públicas estatais sem dialogar com os poderes políticos competentes para realizar essas políticas. O resultado desses comandos foi o documento "*General Program to Comply with Constitutional Court Ruling T-153 of April 28, 1998*" pelo INPEC (Instituto Nacional de Penitenciárias e Prisões)³⁹, o qual estabeleceu a criação de novos módulos prisionais para dois mil presos, bem como a construção de três complexos carcerários, responsáveis por criar cinco mil e seiscentas novas vagas no sistema prisional.

³⁶ MAIA, Isabelly Cysne Augusto. *Análise da ADPF nº 347 e da inadequabilidade do Estado de Coisas Inconstitucional para a efetivação dos serviços públicos: por novos protagonistas na esfera pública democrática*. 2018. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018. p. 36.

³⁷ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Colección de Justicia, 2010. p. 36.

³⁸ MAIA, Isabelly Cysne Augusto. cit., p. 36.

³⁹ ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South: The activist tribunals of India, South Africa, and Colombia*. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 129-162, p. 153.

Além dessa atuação unilateral, Ariza⁴⁰ aponta que a CCC não estabeleceu formas eficientes de fiscalização e, principalmente, não realizou discussões sobre a razão dos altos níveis do encarceramento do país, ou porque a reforma de presídios existentes seria a melhor solução em longo prazo. Consequentemente, a sentença T-153, ainda que em um primeiro momento tenha contribuído com a redução da superlotação prisional, funcionou como uma medida paliativa, apenas adiando o retorno da crise⁴¹. A prova de que essa decisão foi ineficiente é que a Corte reconheceu o ECI do sistema penitenciário em outras duas decisões: a decisão T-338, de 2013, e a T-162, de 2015.⁴²

Diante do exposto, é possível observar importantes pontos de aproximação entre a ADPF nº 347/DF e a sentença T-153. Primeiro, há a possibilidade de uma intervenção exagerada e apressada do Judiciário⁴³, o que pode produzir medidas meramente paliativas. Isso pode ser constatado não só com o pedido de que o STF complemente os planos apresentados pelo Executivo, mas até com o prazo para que a Administração Pública formule esses planos, com a pretensão de solucionar toda a crise no sistema prisional: apenas três meses. Curiosamente, esse é o mesmo prazo conferido na sentença T-25 para que o Estado colombiano elaborasse os planos de superação da crise.⁴⁴

Ademais, no quesito prazos, é possível constatar outra semelhança negativa. Na ADPF nº 347/DF, pede-se que o plano do Executivo seja apto a superar a crise do sistema prisional em 3 anos. A ausência de lógica nessa determinação é facilmente verificável com um exemplo

⁴⁰ ARIZA, Libardo José. cit., p. 151.

⁴¹ CHAGAS, Tayná Tavares das et al. Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. *Revista Quaestio Juris*, [s.l.], v. 8, n. 4, p. 2.596-2.612, pp. 2.601-2.602, 2015.

⁴² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Salvador: Juspodium, 2016, p. 133.

⁴³ MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 2, 2019, e1916. pp. 31-32.

⁴⁴ CHAGAS, Tayná Tavares das et al. Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. Op. cit., p. 2.601-2.

do cotidiano. Quando alguém decide reformar um apartamento, não se estabelece primeiro em quanto tempo a reforma vai acabar. Para fixar esse prazo, é necessário, em primeiro lugar, saber o que precisa ser reformado, como a reforma vai acontecer e o valor por ela demandado. Só então é possível saber qual o prazo viável para a conclusão dessa obra. Na decisão colombiana, o prazo concedido para a superação do ECI foi similar ao pleiteado na ADPF: apenas quatro anos.⁴⁵

À vista dos pontos apresentados, fica claro que a importação do ECI está ocorrendo de forma acrítica, sem a devida observação do contexto no qual foi produzido e sem as devidas acomodações à realidade brasileira. Caso os pedidos da ADPF nº 347/DF sejam deferidos, a decisão se aproximará à primeira fase do instituto colombiano, marcada pela ineficiência e unilateralidade judicial. O resultado obtido será paliativo, funcionando como uma verdadeira cortina de fumaça que esconde as verdadeiras razões que ensejam o ECI, que não será verdadeiramente superado.

4.2. A importação descontextualizada por via legislativa: o Compromisso Significativo

Tendo em vista os pedidos formulados pelo PSOL na ADPF nº 347/DF, especialmente a possibilidade de revisar os planos formulados pelo Executivo, o senador Antônio Carlos Valadares apresentou, em 2015, o PLS nº 736/2015, o qual intenta obrigar o STF a utilizar o Compromisso Significativo sempre que reconhecer o ECI em alguma demanda estrutural, viabilizando a parceria entre Poder Público e segmento populacional afetado na construção da solução para as omissões políticas existentes. O projeto foi arquivado ao final de sua legislatura, entretanto, a sua análise segue relevante para verificar os riscos de uma importação acrítica por via legislativa.

O Compromisso Significativo é um modelo de sentença estrutural desenvolvido pela Corte Constitucional da África do Sul, a

⁴⁵ MARMELSTEIN, George. O Estado de Coisas Inconstitucional, op. cit., p. 245-247.

qual, segundo Roux⁴⁶, é bem-sucedida em intervir em uma das áreas mais sacrossantas do setor político: a formulação de políticas públicas. Por meio desse instituto, o Judiciário funciona como uma força motriz que retira os poderes políticos da inércia, promovendo um diálogo entre as instâncias judiciais e administrativas, incluindo nesse processo os segmentos populacionais afetados pela inércia estatal. Assim, há uma clara aproximação do experimentalismo proposto por Sabel e Simon.⁴⁷

Analisando o Compromisso, Chenwi e Tissington⁴⁸ afirmam que essa sentença não promove uma mera consulta às populações afetadas pelas omissões políticas, tendo em vista que uma consulta pública não assegura que as manifestações do segmento social sejam incorporadas às decisões do Executivo. Na verdade, o *Meaningful Engagement* é efetivo quando o Poder Público e a comunidade escutam-se mutuamente, com o intuito de alcançar um ponto comum, considerando-se o grupo afetado como parceiros no processo de formulação das políticas públicas que serão adotadas, estando o Executivo vinculador a cumprir o que pactuar com esses grupos.

O Compromisso foi utilizado pela primeira vez no caso *Olivia Road*, que envolvia a remoção de cidadãos para a realização de um projeto de revitalização urbana. A cidade de Joanesburgo, entre os anos de 2007 e 2008, desenvolveu um projeto de regeneração urbana que envolvia a intervenção estatal em edifícios com más condições estruturais, o que acarretaria o despejo dos seus habitantes. Tendo em vista essa ameaça, alguns moradores ajuizaram uma ação junto a Corte Constitucional sul-africana, com o intuito de evitar o despejo e

⁴⁶ ROUX, Theunis. Legitimizing Transformation: Political Resource Allocation in the South African Constitutional Court. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. *Democratization and the judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Frank Cass Publishers, 2005. p. 66-80, pp. 76-77.

⁴⁷ SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. *Destabilization rights: how public law litigation succeeds*. Cambridge: Harvard Law Review, 2004. p. 1.019.

⁴⁸ CHENWI, Lilian & TISSINGTON, Kate. *Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: a focus on the right to housing*. University of the Western Cape: Community Law Centre, March, 2010. p. 11-12.

assegurar o seu direito à moradia.

Ao julgar a questão, a Corte não estabeleceu quais políticas públicas deveriam ser realizadas pela cidade, mas determinou que um Compromisso Significativo fosse formulado entre o Poder Público, responsável pela elaboração e execução de políticas públicas, e o segmento populacional afetado, levando-se em consideração a demandas mais urgentes da comunidade⁴⁹. Ao final do processo, o Compromisso celebrado foi considerado bem-sucedido, sendo utilizado como paradigma para as futuras utilizações dessa sentença estrutural na África do Sul.

Analisando o PLS nº 736/2015, é possível constatar que o seu maior equívoco é tentar fixar todos os pressupostos para a utilização dessa sentença. Conforme ressalta Ray, a utilização do Compromisso Significativo depende muito das circunstâncias específicas da demanda estrutural, especialmente de quais são as partes interessadas. Como exemplo disso, pode-se citar o caso *Olivia Road*, exemplo de sucesso do uso dessa sentença e que exigiu poucas intervenções da Corte Constitucional. Pouco tempo após essa decisão, todavia, ocorreu o caso *Mamba*, maior exemplo de ineficácia do *Meaningful Engagement*. Isso correu, dentre outras razões, porque a Corte adotou uma postura similar ao caso *Olivia Road*, quando precisava ter adotado uma postura mais interveniente⁵⁰, em razão das circunstâncias específica do caso. No caso, a falta de diretrizes normativas conduziu a uma total ineficácia do instituto, visto que o Poder Público ignorou a ordem judicial e realizou o despejo dos refugiados⁵¹.

⁴⁹ RAY, Brian. Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg: Enforcing the Right to Adequate Housing through 'Engagement'. *Human Rights Law Review*, [s.l.], v. 8, n. 4, p.703-713, 21 out. 2008. Oxford University Press (OUP).

⁵⁰ RAY, Brian. Engagement's Possibilities and Limits As a Socioeconomic Rights Remedy, 9 Wash. U. *Global Stud. L. Rev.* 399 (2010), v. 9, iss. 3. p. 407-408.

⁵¹ BERG, Shanelle van Der. Meaningful engagement: Proceduralising socio - economic rights further or infusing administrative law with substance?. *South African Journal On Human Rights*, [s.l.], v. 29, n. 2, p. 376-398, pp. 384-385, jan. 2013. Informa UK Limited.

Outro ponto negativo é que o projeto não previu um dos poucos pontos essenciais do Compromisso, e que está presente nos principais casos em que foi utilizado pela Corte Constitucional sul-africana. Trata-se da representação dos interesses do segmento populacional afetado por instituições, públicas e privadas, com a capacidade técnica necessária para negociar com o Poder Público. Em demandas estruturais que afetam grupos muito grandes, esse ponto é indispensável para assegurar a eficiência do litígio.

Exemplo disso foi o caso *Joe Slovo*, no qual mais de 60 mil pessoas seriam removidas de suas habitações por um projeto de reforma urbana. Essas pessoas, tanto pela quantidade, quanto pelo conhecimento técnico insuficiente, não estavam aptas a negociar sozinhas com o Poder Pública, e precisaram ser assessoradas por instituições especializadas. Graças a esse fator, o Compromisso foi bem-sucedido nesse caso⁵².

Portanto, no caso do Compromisso Significativo, o ideal seria não o regulamentar exageradamente por meio legislativo. Essa sentença estrutural é, em sua essência, uma criação jurisdicional variável, que se acomoda às características específicas da demanda em questão. Pretender esmiuçar os requisitos de sua aplicação pode comprometer a sua eficiência. Por outro lado, a não inclusão de elementos realmente importantes, como é o caso da representação técnica dos segmentos populacionais afetados, também pode tornar a sua utilização ineficiente. Mais uma vez, verifica-se a tentativa de importar uma sentença estrutural sem verdadeiramente conhecer o seu contexto original de utilização, o que acaba por comprometer a sua adequação à realidade jurídica nacional.

⁵² RAY, Brian. *Engaging with Social Rights: Procedure, Participation, and Democracy in South Africa's Second Wave*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. pp. 118-119.

5. Considerações finais

Diante do exposto, conclui-se, primeiramente, que o estudo comparado é fundamental para o aperfeiçoamento das demandas estruturais no país. Os grandes litígios desse tipo são recentes na jurisdição constitucional, e é fundamental aprender com os acertos e os erros de outros países nessa matéria. Aqui, é plenamente válido o velho dito popular: o inteligente aprende com os seus próprios erros, os sábios aprendem com os erros dos outros. Em matéria de litígios estruturais, diretamente ligados aos direitos fundamentais e ao orçamento público, o STF necessita de uma sabedoria especial.

Apesar de reconhecer tal necessidade, o que hoje ocorre não é um aprendizado, mas uma reprodução de erros estrangeiros em solo brasileiro. O ímpeto de apenas transplantar um instituto jurídico, ou seja, trazer para o país todas as suas características, reproduzindo-o com o máximo de fidedignidade, acaba desconsiderando o contexto original para o qual foi produzido e a nova realidade na qual será aplicado.

Consequentemente, as sentenças estruturais acabam funcionando como o cavalo de troia da mitologia grega: vistas de fora das muralhas da cidade, aparentam ser a solução ideal para os problemas existentes. A pressa em importá-las faz com que sejam desconsiderados elementos importantes da história dessas sentenças que, se observados, poderiam contribuir com os litígios estruturais no país, entretanto, acabam sendo ignorados. É o que ocorre com o ECI e o Compromisso Significativo: um importado pela via judicial e o outro pela via legislativa, mas em ambos os casos há uma grande desconsideração com os precedentes paradigmáticos para o seu desenvolvimento nos países de origem. E o resultado dessa desatenção pode ser o mesmo que para os troianos: o que parecia uma dádiva, torna-se a origem de problemas ainda maiores.

Por isso, é fundamental compreender o estudo comparado não como mera importação de um instituto, mas como um processo de

tradução jurídica e cultural, no qual se observam os contextos nos quais essas sentenças foram desenvolvidas e a realidade para a qual será adaptada. Por conseguinte, o resultado desse processo nunca será uma imagem fidedigna da sentença utilizada em outro país, na verdade, sempre será algo novo, determinado também pelo novo contexto ao qual será aplicado. E é melhor que seja assim, visto que uma recepção acrítica, muito mais do que vantagens, importa erros que poderiam ser filtrados por um processo de tradução jurídica adequado.

Referências

ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South: The activist tribunals of India, South Africa, and Colombia*. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 129-162.

BEATTY, David M.. *A essência do Estado de direito*. Tradução: Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

BERG, Shanelle van Der. Meaningful engagement: Proceduralising socio-economic rights further or infusing administrative law with substance?. *South African Journal On Human Rights*, [s.l.], v. 29, n. 2, p. 376-398, jan. 2013. Informa UK Limited.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF*. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf. Acesso em: 17 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: : Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CHAGAS, Tayná Tavares das et al. Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. *Revista Quaestio Iuris*, [s.l.], v. 8, n. 4, p. 2.596-2.612, 2015.

CHENWI, Lilian & TISSINGTON, Kate. *Engaging meaningfully with government*

on socio-economic rights: a focus on the right to housing. University of the Western Cape: Community Law Centre, March, 2010.

FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Bloomington: Indiana University. Indiana University Press, 1978.

_____. To make the Constitution a living truth: four lectures on the Structural Injunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 583-607.

FOLJANTY, Lena. Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: on the Consequences of a Metaphor. *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series*, No. 2015-09.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Colección de Justicia, 2010.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

LIMA, George Marmelstein. A eficácia incompleta das normas constitucionais: desfazendo um mal-entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais. *Revista Jurídica da Fa7, Fortaleza*, v. 12, n. 1, p.10-28, 2015.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2016.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 2, 2019, e1916.

MAIA, Isabelly Cysne Augusto. *Análise da ADPF nº 347 e da inadequabilidade do Estado de Coisas Inconstitucional para a efetivação dos serviços públicos: por novos protagonistas na esfera pública democrática*. 2018. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

MARMELSTEIN, George. O Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, Pedro Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (Org.). *Diálogo Jurídicos Luso-Brasileiros Volume 1 perspectivas atuais de Direito Público: o Direito em tempos de crise*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015.

NASCIMENTO, F. A. S.. *Direitos Fundamentais e sua dimensão objetiva*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2016.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: WMF.

RAY, Brian. Engagement's Possibilities and Limits As a Socioeconomic Rights Remedy, 9 Wash. U. *Global Stud. L. Rev.* 399 (2010), v. 9, iss. 3. p. 407-408.

_____. Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg: Enforcing the Right to Adequate Housing through 'Engagement'. *Human Rights Law Review*, [s.l.], v. 8, n. 4, p. 703-713, 21 out. 2008. Oxford University Press (OUP).

_____. *Engaging with Social Rights: Procedure, Participation, and Democracy in South Africa's Second Wave*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

ROUX, Theunis. Legitimizing Transformation: Political Resource Allocation in the South African Constitutional Court. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. *Democratization and the judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Frank Cass Publishers, 2005. p. 66-80.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Destabilization rights: how public law litigation succeeds*. Cambridge: Harvard Law Review, 2004.

TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco. CICHOVSKI, Patricia Kristiana Blagitz. Estudo comparado das decisões da Corte Constitucional Colombiana e do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347/DF. XXV Congresso do CONPEDI - Curitiba. Área: *Constituição e Democracia II*. p. 193-211. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/z15hvb59/K2ZS6klEjiBDgCyA.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2018.

TUSHNET, Mark V. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. *La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado "Estado de cosas inconstitucional"* Estudios Constitucionales, v. 1, n. 1, 2003. p. 203-228.

VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 369-422.

Capítulo 05

Breve diálogo sobre as negociações coletivas no Uruguai e em Portugal

Thiago Pinheiro de Azevedo¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Breve diálogo sobre as negociações coletivas no Uruguai e em Portugal. 2.1. Uruguai. 2.2. Portugal. 3. Considerações.

Resumo: O presente artigo se propõe a apresentar noções gerais de como funciona as negociações coletivas no Uruguai e em Portugal fazendo um paralelo entre a materialização dos limites negociais frente a autonomia privada que detém os sindicatos de patrões e empregados para resolver seus conflitos. Foram analisadas a legislação constitucional e infraconstitucional dos países, bem como alguns julgados dos tribunais, citados por pesquisadores que discutem a necessidade de um Estado regulador como garantidor da efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Palavras chave: Negociação Coletiva. Autonomia. Limites.

Abstract: This article proposes to present general notions of how collective bargaining works in Uruguay and Portugal, making a parallel between the materialization of the negotiating limits in face of the private autonomy that the unions of employers and employees have to resolve their conflicts. The constitutional and infraconstitutional legislation of the countries were analyzed, as well as some judgments of the courts, cited by researchers who discuss the need for a regulatory state as guarantor of the realization of fundamental social rights.

Key words: Collective Bargaining. Autonomy. Limits.

¹ Advogado. Mestrando/UFC, com Especialização em Direito Tributário, Trabalhista e Previdenciário pela Faculdade Ateneu. Membro do GRUPE (Grupo de Estudos em Direito do Trabalho) da UFC. E-mail: thiagopinheiro2112@yahoo.com.br.

1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo apresentar como Uruguai e Portugal tratam da temática que envolve a discussão e atuação dos direitos fundamentais sociais como limitadores da liberdade e autonomia privada nas negociações coletivas de trabalho, fazendo um paralelo do que não pode ser negociado e como os ordenamentos se preocupam com a manutenção e preservação nas relações trabalhistas, destacando os limites negociais.

Numa explanação bem simplória, os direitos fundamentais, enquanto positivamente dos direitos humanos no âmbito interno, norteiam todo o ordenamento jurídico, e como tais, inseridos também nas relações de trabalho, possuem o papel de limitação do poder negocial atribuído a patrões e empregados na efetivação dos anseios democráticos previstos nas Constituições, como forma de promover a tentativa de equilibrar a relação capital-trabalho.

Os direitos fundamentais sofrem restrições em diversos aspectos e no âmbito da relação de trabalho não é diferente. Por exemplo, pode o empregador exigir fardamento para que o empregado desenvolva sua atividade laboral, restringindo o direito do empregado de vestir a roupa de sua escolha, pode o empregador limitar o uso do email privado (nos computadores da empresa) do empregado dentro do estabelecimento laboral, exigindo que utilize apenas o email corporativo, são exemplos do poder diretivo do empregador que, em razão da relação empregatícia, por vezes, necessita restringir, neste caso, a liberdade do empregado, para desenvolver melhor a empresa. Diferentemente, não é razoável o empregador, utilizando o mesmo poder diretivo, restringir a liberdade de opinião e a liberdade sindical do empregado.

Nas relações contratuais, as manifestações de vontades permitem, através das cláusulas negociadas, que as partes se submetam ao que foi discutido e negociado, contudo, existem limites

para essas manifestações de vontade. Quais são tais limites? As partes negociantes podem abrir mão de todos os direitos?

A importância do direito comparado não é se propor a unificar um direito, mas uma forma de contribuir para ciência jurídica no sentido de mostrar percepções e ponto de vistas advindas de diversas culturas e sociedades diferente e distantes, mesmo porque, pelo menos em tese, as leis refletem a essência de cada Estado.

2. Breve diálogo sobre as negociações coletivas no Uruguai e em Portugal

2.1. Uruguai

A República Oriental do Uruguai, já no art. 1º da Constituição, descreve que o país é uma associação política pertencente a todos os habitantes, livre e independente de todo poder estrangeiro. Adiante, percebe-se que no ordenamento jurídico há evidente respeito aos tratados internacionais e a resolução dos conflitos através da utilização de métodos pacíficos, como a arbitragem, bem como o reconhecimento da necessidade de integração do Uruguai com os demais países latino-americanos:

Artículo 6º. En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos. La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos²

A observância dos tratados internacionais e princípios fundamentadores do que é comum entre os demais países, no que

² *Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967.* <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/URUGUAY-Constitucion.pdf>. Disponível em 21 set 2019.

se refere à tentativa global de criar alguns parâmetros de respeito aos direitos humanos, materializados no ordenamento interno, como direitos fundamentais, na perspectiva de garantir a manutenção do mínimo essencial, está expressamente amparado pela lei uruguaia que trata especificamente da negociação coletiva (Lei 18.566/2009), onde estabelece parâmetros no sentido de que as normas advindas dos instrumentos coletivos deverão sere inspiradas nos direitos e princípios fundamentais internacionalmente reconhecidos, Artículo 1 - El sistema de negociación colectiva estará inspirado y regido por los principios y derechos que se desarrollan en el presente capítulo y demás derechos fundamentales internacionalmente reconocidos.³

No Uruguai é nítido o respeito ao princípio da autonomia sindical para trabalharem na negociação coletiva como forma de ajustar as condições de trabalho e emprego, onde o Estado contribui para facilitar e fomentar o entendimento entre patrões e empregados.

As negociações coletivas podem ser puras (patrões e empregados) ou através de um órgão tripartite (através do Conselho de Salário, convocado, exclusivamente, pelo Poder Executivo, cujo padrão foi mantido até a publicação da lei 18.566/09, que possibilitou a convocação partindo, também, de organizações de empregadores e de trabalhares), conforme preceitua o art. 9º, ao descrever que “El Consejo Superior Tripartito podrá ser convocado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de oficio o preceptivamente a propuesta de cualquiera de las partes”.⁴

A idéia do Conselho consiste numa espécie de intervenção moderada, mas necessária, por parte do Estado. Tal organismo, elabora laudos, frutos de debates democráticos e funcionam como órgão de conciliação e arbitragem, sendo composto por representantes dos governo, dos empregados e empregadores:

³ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Ley N° 18566 <http://www.impo.com.uy/bases/leyes/18566-2009>.

⁴ Ibidem.

El Consejo Superior Tripartito estará integrado por seis delegados del Poder Ejecutivo, seis delegados de las organizaciones más representativas de empleadores y seis delegados de las organizaciones más representativas de trabajadores, más un igual número de suplentes o alternos de cada parte.⁵

Os Conselhos de Salário, no início da criação, em sua competência e atribuição inicial só discutiam, acordavam e divulgavam os salários mínimos por setores da atividade econômica. Ademais, na prática, além de negociarem os salários por atividade, os Conselhos de Salário passaram a tratar de outros temas além do salário, como licenças e outros benefícios. Em 2005, após a reforma laboral, os conselhos organizaram as negociações em 24 setores, incluindo, pela primeira vez, o setor rural e doméstico.⁶

As negociações coletivas puras são negociadas pelos atores sociais envolvidos diretamente, patrões e empregados e também podem ser realizadas por âmbitos setoriais; contudo, apesar da autonomia negocial, não podem reduzir benefícios acordados no Conselho de Salário:

Artículo 15. (Niveles y articulación).- Las partes podrán negociar por rama o sector de actividad, empresa, establecimiento o cualquier otro nivel que estimen oportuno. La negociación en los niveles inferiores no podrá disminuir los mínimos adoptados en los convenios colectivos de nivel superior, salvo lo dispuesto en el Consejo de Salarios respectivo.⁷

Verifica-se assim, uma liberdade defendida pelas Convenções da OIT, mas ao mesmo tempo uma intervenção moderada, como forma de garantir o que foi estabelecido nos Conselhos de Salários onde teve a participação do Estado na elaboração das diretrizes. Assim, podem as partes negociarem salários mínimos superiores aos que foram

⁵ Ibidem.

⁶ GHIONE, Hugo Barretto. *La negociacion colectiva en Uruguay*. Publicado en el libro de CSA "Estrategia por una mayor y mejor negociación colectiva. San Paolo. <http://www.relats.org/documentos/DERECHOBarreto.pdf>. Acesso em 21 set 2019.

⁷ *Op. Cit.* <http://www.impo.com.uy/bases/leyes/18566-2009>. Acesso em 21 set 2019.

determinados pelos Conselhos. Não deixando de observar que a Lei Uruguia é clara e expressa ao primar pela liberdade e pela autonomia nas negociações coletivas, e o ente público deve preservar essa lógica, no sentido de:

Artículo 3. (Promocion y garantia). El Estado promoverá y garantizará el libre ejercicio de la negociación colectiva en todos los niveles. A tales efectos adoptará las medidas adecuadas a fin de facilitar y fomentar la negociación entre empleadores y trabajadores.⁸

Agora, a norma do art. 15, preza pela participação do Estado, não só como garantidor da autonomia, mas para assegurar o mínimo, que, até para ser efetuada alguma modificação de benefícios estabelecidos, precisará que o próprio conselho tenha autorizado de alguma forma. De outro modo, caso a empresa e o sindicato (negociação inferior) tenham criado condições de trabalho reduzindo ou flexibilizando direito dos trabalhadores em comparação ao que foi estabelecido na negociação de nível superior, esse acordo não prevalecerá. Do contrário, se o acordo inferior for melhor para o trabalhador do que o que foi negociado em nível superior, prevalecerá o acordado entre empresa e sindicato, aplicando aí a conservação do mínimo obrigatório.

Essa proteção do mínimo é deveras importante e precisa ser regulado pelos ordenamentos jurídicos, o Uruguai passou por uma reforma em 2005 que demonstrou uma preocupação maior com a proteção à classe trabalhadora. De fato, é interessante garantir a autonomia e a liberdade, mas é necessário o Estado ter um certo controle porque relação capital-trabalho, em sua essência é desigual e precisa ser equilibrada. Em pesquisa realizada, tanto a classe trabalhadora, quanto a classe empresarial, guardada as devidas proporções, reconheceram a importância do Conselho de Salários, que conta com a participação do Estado nas formulações, principalmente, por entender que as relações necessitam de freios e contrapesos:

La globalidad del proceso negociador en Consejos de Salarios es vista

⁸ Ibidem.

por los trabajadores como “muy positivo” (42%) o “positivo” (58%) y los empresarios (9 y 82%), mientras que un 5% lo entiende como un proceso negativo.⁹

Pela pesquisa apresentada, os trabalhadores e empresários veem o conselho de salários como positivo, conforme trecho acima. Percebe-se assim que a intervenção estatal tem sua importância, principalmente em razão da disparidade entre capital e trabalho. Há uma compreensão que a autonomia privada absoluta não seria razoável e que nessa lógica a participação do Estado é valorizada e defendida, como bem coloca Vieira, citando o posicionamento da Plenária Intersindical dos Trabalhadores do Uruguai:

El Estado no debe limitarse a desempeñar las funciones de guardián de la propiedad privada y de tutor del orden público, sino que, por el contrario, debe defender principios y valores fundamentales, tales como: soberanía nacional, la democracia plena y la justicia social (pit-cnt, 2008, p. 61).¹⁰

Destarte, resumidamente, o ordenamento uruguaio alia a autonomia e liberdade dos entes sindicais nas negociações coletivas de trabalho, mas sempre de olho no que foi direcionado pelo Conselho de Salário, que, em tese, são normas, elaboradas e discutidas com a participação direta do Estado. Pelo que se analisa, a flexibilização de patamares mínimos obrigatórios, podem ser flexibilizados se autorizados pelo próprio Conselho, estabelecendo assim, uma rigidez moderada. Todavia, a característica sistêmica do ordenamento jurídico uruguaio, observa que os direitos fundamentais que norteiam as demais normas precisam ser preservados, à liberdade de associação, liberdade sindical, reconhecimento de negociação coletiva, a

⁹ GHIONE, Hugo Barretto. Op. Cit.

¹⁰ VIEIRA, Inés Ksiazienicki. *Reivindicaciones históricas y efectos de las tramas institucionales en los vínculos entre movimiento sindical y fuerzas políticas post-neoliberales en Argentina y Uruguay* (333-388). Coordenação: Juan Carlos Celis Ospina. Reconfiguración De Las Relaciones Entre Estado, Sindicatos Y Partidos En América. Escola Nacional Sindical. Primera Edición, noviembre de 2014, Medellín, Colombia. p.372

eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório, a abolição efetiva do trabalho infantil, a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

De outra sorte, ao analisarmos algumas julgados do Uruguai em paralelo com o Brasil, podemos apontar convergências e divergência, relacionado a temática de direitos sociais trabalhistas. Por exemplo, na convergência podemos citar a discussão quanto a natureza das normas heterônomas no que se refere ao respeito ao núcleo de direitos mínimos, conforme baseia-se a legislação brasileira:

Assim o faz, na sentença proferida no processo nº 115/11, o Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1º Turno, ao julgar o regime de repousos semanais aplicável ao setor de serviços. Este setor de atividade não apresenta um regulamento geral claro, que estabeleça o tempo de trabalho e de repouso. Considera-se neste caso, então, como primeiro objetivo, estabelecer a norma aplicável, frente a duas possibilidades: aplicar a norma da indústria, que estabelece um repouso semanal de 24 horas (Lei 5350, "CIT" nº1), ou a do comércio, que impõe um descanso semanal de 36 horas (Decreto-lei 14320). Entende o Tribunal que, na incidência da norma, deve-se aplicar o princípio protetor, em sua projeção da prevalência da norma mais favorável, e, conseqüentemente, adotar o regime estabelecido para o comércio pelo Decreto-Lei 14320 por ser este mais favorável, já que estabelece um repouso semanal de 36 horas. Pois bem. A demandada alega a existência de um acordo coletivo autorizado pelo Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, perante o qual o Tribunal destaca que "a autonomia coletiva encontra o limite intransponível da Lei de ordem pública", já que não se pode admitir um contrato de trabalho que rompa o princípio da irrenunciabilidade que informa todo o Direito do Trabalho.¹¹

¹¹ GHIONE, Hugo Barretto e LONTRA, Carlos Alberto Zogbi Título do fascículo n. 7: *Jurisprudência trabalhista comparada Brasil-Uruguai: reflexões de docentes e de alunos juizes do curso de especialização da faculdade de direito da Universidade da República do Uruguai no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região / Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.* – n.1 (2009)- .Porto Alegre : Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2009. ISSN 2176-400X. Disponível em <https://www.trt4.jus.br/ItemPortlet/download/35835/CadernoEJ07-%5BEdicaoBilingue%5D.pdf>. 18 Ago 2019.

No mesmo sentido, o de proteção às normas heterônomas, o julgador uruguaio entendeu ser de ordem pública a questão do horário de trabalho:

Também o Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 3º Turno, no processo nº 257/07, reconhece a primazia da legislação de ordem pública definidora dos direitos básicos dos trabalhadores frente a um acordo coletivo, embora este tenha sido estabelecido em um Decreto emitido pelo Poder Executivo. O caso: uma profissional contratada em um regime de 44 horas semanais ultrapassava as horas programadas de trabalho, razão pela qual reivindica horas extras. A reclamada se defende alegando que, por se tratar de profissional universitária, está incluída nas exceções do Decreto nº 611/80, na medida em que esta norma estabelece, no seu artigo 1º, num. 4, que os profissionais universitários ou de alta especialização, e que cumprem tais tarefas, não estão abrangidos pela limitação de jornada. Porém, o Tribunal considera que a simples menção de um horário semanal no contrato de trabalho mostra que, no momento da contratação, não foi admitida a incidência de tal norma, o que também decorre do fato de não cumprir qualquer tarefa para a qual exigida alta especialização. Dada esta contradição, o Tribunal considera que, como a legislação sobre horários de trabalho é de ordem pública, as exceções ao regime devem ser interpretadas restritivamente, porquanto estas contêm limitações sobre os direitos gerais dos trabalhadores. Ao aplicar esta interpretação restritiva, prevalece a regra heterônoma e mais benéfica sobre as disposições contratuais elaboradas pelas partes.¹²

Por outro lado, algumas situações são divergentes ao comparar a jurisprudência brasileira e uruguaia, como no caso da redução ou supressão das horas extras. No caso do Brasil, quando o empregador suprime as horas extras habituais do empregado deverá indenizá-lo, posição que não se adequa a jurisprudência uruguaia:

A jurisprudência uruguaia parte do princípio de que o empregador, no exercício do *jus variandi*, pode modificar, dentro dos limites deste poder, algumas condições do contrato de trabalho. Nesse sentido, e com referência ao conceito de jornada ou tempo de trabalho, o

¹² *Ibidem*.

Tribunal de Apelaciones de Trabajo del 2º Turno, na sentença prolatada no processo nº 49/2008, parte da premissa de que a determinação do horário de trabalho está dentro dos poderes de direção do empregador, razão pela qual, enquanto não se provar que houve, na decisão do empregador, má-fé ou intenção de causar prejuízo, a mudança de horário é considerada válida pela jurisprudência uruguaia citada.¹³

Mesmo no caso acima não tratar da discussão clássica de supressão de direitos mínimos, de certa forma, a jurisprudência brasileira se apresenta mais protetiva, reconhecendo a habitualidade das horas extras porque o empregado já está acostumado com o padrão mensal de salário, não podendo o empregador, como prever o julgado uruguaio, alterar quando bem entender. Corroborando, com alguns aspectos de desproteção, Calazans numa palestra proferida, citou a ausência de justificativa na demissão do empregado:

(...) À semelhança do que ocorre na Argentina, no Uruguai a demissão é livre, a tal ponto que o trabalhador somente conta com a indenização por demissão, uma modesta indenização, absolutamente insuficiente, que vem das leis de 1944. Mas essas demissões são livres. O empregador pode dizer o seguinte: "Não venha mais aqui. Não quero vê-lo na empresa." Ou seja, ele não tem nenhum tipo de obrigação de apresentar uma razão para essa demissão. A jurisprudência é firme nesse sentido.¹⁴

Apesar de alguns impasses, a grosso modo após, as alterações trabalhista de 2005 e 2007 e o novo papel do Conselho de Salário, que não se limita mais a discussão salarial por setores, mas trata de outras condições laborais, pode-se dizer que ocorreu um fortalecimento no sindicalismo em razão da participação dos trabalhadores nas discussões do Conselho. O fortalecimento do movimento sindical corrobora com relações de trabalho mais justas e soluções menos políticas para os conflitos coletivos.

¹³ Ibidem.

¹⁴ DALAZEN, João Oreste. Seminário Direito comparado: Brasil/Argentina/Uruguai – 20 de novembro de 2014. Disponível em http://www.enamat.jus.br/wp . content/uploads/2015/02/Degravacao_CFC_Direito_Comparado_Brasil_Argentina_Uruguai.pdf. Acesso 18 Ago 2019.

2.2. Portugal

Assim como no Brasil, a Constituição portuguesa reza pelos princípios fundamentais da democracia, soberania, pluralismo e efetivação dos direitos fundamentais, com foco na soberania popular. No plano internacional, a Constituição destaca o respeito à igualdade, aos povos, aos indígenas, a luta contra o imperialismo e o colonialismo. Dentre as diversas tarefas ou objetivos fundamentais contidos destaca-se o bem-estar social e dos direitos sociais e econômicos:

Art. 9, d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais.¹⁵

Semelhante a perspectiva brasileira, o espírito dos direitos sociais, busca promover o bem-estar, liberdade, a igualdade, a dignidade humana, objetivos intimamente ligados aos direitos que envolvem a relação de trabalho. O cidadão tendo trabalho digno e que o remunere de forma equilibrada e proporcional a atividade desenvolvida, com garantias de um ambiente sadio e seguro, tende a se aproximar de um aspecto importante da justiça social.

Quanto aos direitos fundamentais na relação de trabalho, a Constituição Portuguesa garante o direito a livre associação, filiação e desfiliação, permanência, manifestação de pensamento, direito de reunião, sem interferência estatal (art's 45 e 46).¹⁶ Como também direitos mais específicos como a proteção ao emprego, proteção material no caso de desemprego, trabalho em condições de higiene, saúde e segurança, justa indenização no caso de acidente¹⁷ (art, 59), dentre outros.

Destaque interessante e especial no ordenamento português é

¹⁵ Constituição da República Portuguesa VII Revisão Constitucional [2005].<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

que a própria Constituição reconhece não só o papel dos sindicatos/ associações na construção da fonte do direito do trabalho, enquanto norma autônoma, mas nas discussões diretamente ligadas as normas trabalhistas heterônomas, na gestão das instituições de seguridade social, no acompanhamento de planos econômicos, na reestruturação de empresas, etc. Conjunturando, como espécie de órgãos consultivos que com participação privilegiada dos trabalhadores nas macrodiscussões sobre a temática que os envolve, que os interessa que legitima a característica da figura do Estado protetor, democrático e participativo porque possibilita o trabalhador contribuir para criação das normas que vão regular sua relação com o patronato no espaço que vai além do que se faz nos instrumentos coletivos.

Além das normas estatais, as cláusulas convencionais e individuais são aplicadas na realidade do trabalhador. O princípio da autonomia privada destaca e valoriza o que foi pactuado entre patrão e empregados. Todavia, corriqueiramente, cláusulas de normas coletivas podem colidir total ou parcialmente com o que foi pactuado no contrato individual. Expressamente e demarcando tal valorização, mas em consonância com os princípios fundamentais do sistema jurídico, o art. 476 do Código do Trabalho Português, prioriza a aplicação da norma mais favorável:

Art. 476. As disposições de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho só podem ser afastadas por contrato de trabalho quando este estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador.¹⁸

Tal norma acaba por não representar o sepultamento do princípio protetor, pois dada a hipossuficiência do empregado na relação de trabalho, afastar a norma legal ou coletiva no confronto com o contrato individual do trabalho, desconsiderando o que seria melhor para o empregado enquanto tal, promoveria um retrocesso social irremediável, mesmo porque, pode o contrato individual ser mais favorável ao empregado, compatibilizando assim, toda forma

¹⁸ Código Do Trabalho (Versão atualizada – 20 de março de 2018) <http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf#page=177>.

de regulamentação da relação empregatícia com os princípios fundamentais sociais.

Considerando que os instrumentos coletivos possuem uma vigência legal, a condição mais favorável é aplicada na sucessão de convenções coletivas, na tentativa de vedar o retrocesso social, devendo o instrumento garantir o caráter globalmente mais favorável, onde os direitos decorrentes da convenção só podem ser reduzidos por nova convenção de cujo texto conste, em termos expressos, o seu caráter globalmente mais favorável (art. 503, 3),¹⁹ diferentemente do Brasil que sepultou a ultratividade das normas coletivas.

A lei trabalhista também descreve algumas vedações que não podem conter no instrumento coletivo, como a confecção de cláusulas que contrariem norma legal imperativa e que confirmam eficácia retroativa a cláusula que não tenham natureza pecuniária.²⁰ Depreende-se então, o respeito à norma heterônoma e a não concessão da ultratividade a conquistas sociais materializadas nos instrumentos coletivos, similar ao que ocorre no Brasil, no que se refere a este aspecto, posto que, com relação a contrariedade à norma legal imperativa, a reforma trabalhista possibilitou o negociado sobrepor o legislado, que, apesar de não ser absoluta, cuja aplicação poderia ser dá em qualquer caso, representou o retrocesso para os trabalhadores tupiniquins.

Aspecto relevante na legislação portuguesa que corrobora com a busca pela efetivação dos direitos fundamentais e sociais, justamente por compreender a história social delineada de desigualdades estruturais e permanentes lutas por melhores condições de trabalho e o papel determinante do direito do trabalho, permeado por fatos históricos fundantes que não podem ser ignorados pelo legislador. O código de trabalho criou a possibilidade, como reflexo da intervenção estatal, do ente público “atuar diretamente” para que as normas coletivas respeitem a igualdade e a não discriminação, ao descrever que (...) o serviço competente do ministério responsável pela área

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

laboral, ouvidos os interessados, procede à apreciação fundamentada da legalidade das suas disposições em matéria de igualdade e não discriminação²¹(art. 479), característica protetiva do Estado na tentativa de evitar a não aplicação do direito fundamental, antes mesmo do instrumento coletivo entrar em vigor, pois, caso seja detectada alguma irregularidade neste sentido, será concedido prazo para que os negociantes possam proceder as alterações:

(...) o serviço competente do ministério responsável pela área laboral envia a sua apreciação ao magistrado do Ministério Público junto do tribunal competente, acompanhada dos documentos relevantes, nomeadamente de cópia da ata da deliberação e das pronúncias dos interessados.²²

Do contrário do Brasil, em Portugal, o ente estatal faz uma análise prévia do instrumento no aspecto da igualdade e não discriminação para só depois enviar ao Ministério Público. No caso brasileiro, devido a várias justificativas como, falta de previsão legal, extensão territorial, elevado número de sindicatos, etc., não é possível fazer essa análise, a denúncia, em regra, chega ao MPT e este se encarrega de propor a retirada de cláusulas que violem tanto a igualdade e a discriminação, quanto diversos outros direitos fundamentais trabalhista e indisponíveis, através de meios alternativos de resolução de conflitos, bem como propondo ações anulatórias de cláusulas de instrumentos coletivos junto ao Judiciário.

Como a brasileira, a estrutura normativa portuguesa também prever a flexibilização de alguns direitos em momentos de crise. Outro aspecto interessante que pode surgir na relação trabalhista portuguesa é a suspensão da vigência da Convenção Coletiva por questões que mexam na estrutura da empresa:

Art. 502, 2 - A convenção coletiva ou parte dela pode ser suspensa temporariamente na sua aplicação, em situação de crise empresarial,

²¹ Ibidem.

²² Ibidem.

por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, catástrofes ou outras ocorrências que tenham afetado gravemente a atividade normal da empresa, desde que tal medida seja indispensável para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho, por acordo escrito entre as associações de empregadores e as associações sindicais outorgantes sem prejuízo da possibilidade de delegação.²³

Os momentos de crise são inerentes ao sistema capitalista que se reinventa constantemente, como forma de retardar sua autodestruição. Mas enquanto isso não chega, a classe trabalhadora é quem paga a conta, pois o capital assim o quer, porque não valoriza a mão de obra humana e a coloca no estado de descartável e desnecessário ao justificar que a proteção do Estado à classe trabalhadora impede o crescimento econômico, iludido com a lógica ilógica do sistema que não teima em não admitir que o mercado precisa de pessoas para consumir e para praticar tal ação, necessariamente, precisa primeiramente, como condição essencial, subsistir e o faz com trabalho digno.

Assim como ocorreu no Brasil em 2017, o Estado Português passara por uma reforma trabalhista no ano de 2012. Contudo, segundo Guilherme Dray, o Tribunal Constitucional português teve papel decisivo na manutenção dos direitos dos trabalhadores à vista da Constituição e do ordenamento:

A reforma não foi no sentido de aperfeiçoar as ciências jurídicas e desenvolver o Direito do Trabalho, tampouco foi centrada na ética e dignidade do trabalho. Ela foi centrada apenas no propósito econômico”, avaliou Guilherme Dray. Conforme o palestrante, o governo português não só aceitou as condições como foi além do exigido, propondo uma verdadeira ruptura com o Direito do Trabalho. O jurista apresentou ao público três acórdãos do Tribunal Constitucional português que, na sua opinião, foram essenciais para evitar essa ruptura. (...) Na sua conclusão, Guilherme Dray ressaltou que a reforma trabalhista proposta em Portugal foi muito drástica e radical, motivada por razões econômicas de emergência. O palestrante também comentou que nos anos de 2012 e 2013, quando as alterações da reforma entraram em vigor, não se verificou o prometido aumento do emprego ou da

²³ Ibidem.

qualidade de vida das pessoas, mas sim o contrário, com o índice de desemprego atingido recordes históricos em Portugal. A situação só começou a melhorar após as decisões do Tribunal Constitucional. “Seja com base na proibição do despedimento sem justa causa, no princípio da igualdade, ou no princípio da dignidade da pessoa humana, em três decisões o Tribunal obstaculizou as mais emblemáticas medidas que tinham sido aprovadas pelo governo”.²⁴

A discussão que envolve o papel do Tribunal Constitucional Português traz à baila, à questão dos patamares mínimos que precisam ser observados e obrigatoriamente concretizado pelo Estado protetor:

Deste modo, a CRP parece impor que o legislador estabeleça, ele mesmo, um estatuto social mínimo, um patamar legal intransponível de proteção dos trabalhadores. Esta é, por força da Constituição portuguesa, uma tarefa fundamental do Estado-legislador, uma missão de que este se encontra incumbido. Assim, ainda que se trate de um princípio não escrito, o princípio da norma social mínima parece encontrar-se implicitamente plasmado no corpo normativo constitucional. Constitucionalmente, tem de haver um mínimo legal intangível, devendo os direitos dos trabalhadores legalmente consagrados situar-se, em princípio, fora do comércio jurídico e não podendo funcionar como simples moeda de troca em sede de contratação coletiva. (...) O que se questiona é que esta seja a regra de princípio, isto é, que, à partida, todas as normas legais possam ser afastadas por convenção coletiva, inclusive em sentido menos favorável ao trabalhador.²⁵

Neste sentido, aponta-se que o papel do Estado é fundamental como garantidor de que a sociedade não pode regredir no objetivo principal de redução de desigualdades e atingir o mais próximo da justiça social:

²⁴ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/167828>

²⁵ AMADO, Jorge Leal. Negociado x legislado – a experiência portuguesa e a reforma trabalhista brasileira: algumas notas. Rev. TST, São Paulo, vol. 83, n.3, jul/set 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/115873/2017_amado_joao_negociado_legislado.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Por isso mesmo, porque, a nosso ver, no século XXI ainda subsiste o fundamento que confere valor normativo ao princípio do favor laboratoris, a regra deveria ser a de que o legislado é “insuscetível de desmelhoramento” mediante o negociado.²⁶

Tal afirmação sintetiza e define a postura que o Estado, necessariamente, interventor, deve se postar em toda e qualquer situação que estiver inserida a sociedade e a classe trabalhadora. Justificativas de incentivo ao crescimento econômico, como forma de salvar o país não poderá ficar nas costas dos trabalhadores, mesmo porque, o risco da atividade econômica não são deles. As reformas trabalhistas que podemos acompanhar, como o exemplo da brasileira e portuguesa, comprovaram que não ocorreu geração de emprego ao ponto de afirmar que as flexibilizações materializadas nos desregulamentos e distanciamento da figura do Estado foram essenciais. Especificamente, no caso brasileiro, o desemprego só cresce.

Portanto, reformar leis, criar normas coletivas que flexibilizam e alteram o que já foi de alguma forma conquistado pelos trabalhadores, em momentos de crise, como também, diversas outras medidas que refletem na relação entre capital e trabalho, precisam obedecer ao princípio do não retrocesso. O Constitucionalista J.J Canotilho esclarece a proteção que as normas estruturantes do ordenamento necessitam como forma de defender o não retrocesso:

Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. Desta forma, e independentemente do problema «fáctico» da irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações económicas difíceis, recessões económicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtracção à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio

²⁶ Ibidem.

da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural.²⁷

No mesmo sentido, Jorge Miranda dispõe da manutenção da lógica hermenêutica que deve ser seguida pelo legislador infraconstitucional:

[...] eliminar as normas infraconstitucionais concretizadoras dos direitos sociais significaria retirar eficácia das normas constitucionais de que são sucedâneas, o que seria inconstitucional por violar o princípio do não retrocesso da concretização ou do não retrocesso social. Contudo, entendendo-o também como fundado no princípio da confiança inerente ao Estado de Direito.²⁸

Destarte, o direito português, assim como o direito brasileiro, limita tanto a vontade do legislado constitucionalmente, quanto ao legislador o infraconstitucional. De forma que o Tribunal Constitucional Português precisou enfrentar as questões e conflitos oriundos de reforma trabalhista lusitana para defender a essencialidade da Constituição protegendo os direitos fundamentais sociais da reforma trabalhista de 2012 com fundamento no princípio do não retrocesso.

Assim o Tribunal Constitucional Português já se posicionara numa demanda cujo um dos fundamentos foi a de que não poderia ocorrer o retrocesso:

A admitir-se a existência de tal princípio nunca ele poderia abranger todo e qualquer encurtamento dos benefícios sociais mas apenas aquele que atingisse o núcleo essencial dos correspondentes direitos - maxime - o núcleo essencial do direito à existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.²⁹

²⁷ CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed. revista, Almedina, Coimbra, 2003, p. 468-469.

²⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, tomo IV, p. 237.

²⁹ PORTUGAL, Tribunal Constitucional. Acórdão n° 583/00. Relator: Vitor Nunes de Almeida. Lisboa, 2000-12-20. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000583.html>. Acesso em 21 Set 2019.

Como se ver, as semelhanças entre países ditos democrático que estruturam a Constituição e o ordenamento infraconstitucional no compromisso social inviolável da dignidade da pessoa humana e na proteção dos hipossuficientes como mecanismo de coexistência, precisam manterem-se vigilantes no cumprimento dos objetivos que justificam a essência de cada norma, regra, cláusula que se apresentam procurando sua aplicabilidade como forma de defender interesses de quem a defende.

3. Considerações finais

As normas de direitos fundamentais sociais em Portugal e no Uruguai, assim como no Brasil materializam seu papel fundamental na perspectiva de buscar a justiça social, reduzir desigualdades sociais e efetivar a dignidade da pessoa humana.

Notório também é que preza-se muito pela autonomia que o ordenamento concede aos autores sociais que negociam os instrumentos coletivos no sentido de tentar resolver seus conflitos evitando a interferência do ente público, mas, ao mesmo tempo, estabelece limites necessariamente regulados pelo Estado, em razão da discrepância estrutural entre o capital e o trabalho e consequência que essa liberdade “absoluta” pode gerar na flexibilização e no distanciamento na concretização dos direitos fundamentais.

No Uruguai, empregado e patrão participam da confecção de normas trabalhistas, juntamente com o Estado (Conselho de Salários), estabelecendo diretrizes mais gerais, como também sem a presença do Estado, com restrição para não violar nem ir de encontro ao que foi construído com a participação do ente estatal. O interessante é que alto nível de satisfação do patronato com as negociações, através do Conselho, que contam com a participação do ente público, compreendendo, portanto, nem tudo pode ser negociado e que essa

lógica do respeito aos direitos fundamentais sociais pode fomentar a economia do que uma política de negociação irrestrita. Postura seguida adotada pelos tribunais que valorizam o princípio protetor e as normas de ordem pública que definem os direitos básicos.

Em Portugal, pode ser destacada a participação do órgão ministerial estatal na apreciação da legalidade de alguns instrumentos coletivos quanto a preservação da igualdade e da não discriminação que devem permear as normas elaboradas. Como também o papel primordial do Poder Judiciário Português, frente à reforma trabalhista conflitante com a manutenção dos direitos trabalhistas e os princípios constitucionais, no sentido de que as diretrizes legais que estruturam o ordenamento jurídico com finalidade fundamental de não permitir o retrocesso social e a preservação de direitos mínimos são consideradas garantias institucionais.

No Brasil, assim como no Uruguai e Portugal, é condição essencial e necessariamente fundamentada e que deve ser justificada, não só para a categoria envolvida na negociação, mas para toda sociedade, restringir ou afastar, haja vista que zerar não seria possível, normas de direitos fundamentais em cláusulas de instrumentos coletivos. O que justifica a restrição é o interesse público, senão a preservação de outros direitos fundamentais, no equilíbrio da coexistência, em outras palavras, precisa-se de uma análise econômica, política, social com aplicação do que for possível e de forma interdisciplinar, utilizando-se sempre, técnicas de sopesamento e ponderação para pensar eventualmente, na materialização de quaisquer restrições de direitos fundamentais sociais da classe trabalhadora.

Referências

AMADO, Jorge Leal. *Negociado x legislado – a experiência portuguesa e a reforma trabalhista brasileira: algumas notas.*

Rev. TST, São Paulo, vol. 83, n.3, jul/set 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/115873/2017_amado_joao_negociado_legislado.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4 REGIÃO. <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/167828>.

CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed. revista, Almedina, Coimbra, 2003.

DALAZEN, João Oreste. *Seminário Direito comparado: Brasil/Argentina/Uruguai* – 20 de novembro de 2014. Disponível em http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2015/02/Degravacao_CFC_Direito_Comparado_Brasil_Argentina_Uruguai.pdf. Acesso 18 Ago 2019.

GHIONE, Hugo Barretto. *La negociacion colectiva en Uruguay*. Publicado en el libro de CSA “Estrategia por una mayor y mejor negociación colectiva. San Paulo. <http://www.relats.org/documentos/DERECHOBarreto.pdf>.

GHIONE, Hugo Barretto e LONTRA, Carlos Alberto Zogbi Título do fascículo n. 7: *Jurisprudência trabalhista comparada Brasil-Uruguai: reflexões de docentes e de alunos juizes do curso de especialização da faculdade de direito da Universidade da República do Uruguai no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região / Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. – n.1 (2009)- .Porto Alegre : Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2009. ISSN 2176-400X. Disponível em <https://www.trt4.jus.br/ItemPortlet/download/35835/CadernoEJ07-%5BEducacaoBilingue%5D.pdf>.*

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, tomo IV.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa VII Revisão Constitucional [2005]. <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>.

PORTUGAL. Código Do Trabalho (Versão atualizada – 20 de março de 2018) <http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf#page=177>.

PORTUGAL, Tribunal Constitucional. Acórdão n° 583/00. Relator: Vítor Nunes de Almeida. Lisboa, 2000-12-20. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000583.html>. Acesso em 21 Set 2019.

URUGUAI. Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967. <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/URUGUAY-Constitucion.pdf>.

URUGUAI. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. <http://www.impo.com.uy/bases/leyes/18566-2009>

VIEIRA, Inés Ksiazienicki. *Reivindicaciones históricas y efectos de las tramadas*

institucionales en los vínculos entre movimiento sindical y fuerzas políticas post-neoliberales en Argentina y Uruguay (333-388). Coordenação: Juan Carlos Celis Ospina. Reconfiguración De Las Relaciones Entre Estado, Sindicatos Y Partidos En América. Escola Nacional Sindical. Primera Edición, noviembre de 2014, Medellín, Colombia.

Capítulo 06

Terceirização: segurança jurídica do trabalhador no Brasil e no Uruguai

Yuri Kubrusly de Miranda Sá¹

Sumário: 1 Introdução; 2 Terceirização no Brasil, 2.1 Noções Introdutórias, 2.2 Evolução Normativa; 2.3 Responsabilidade do Tomador; 3 Terceirização no Uruguai, 3.1 Concepção Uruguiaia, 3.2 Legislação Vigente, 3.3 Comprometimento Empresarial; 4 Diferenças Legais e a Segurança Jurídica do Trabalhador; 5 Considerações finais.

Resumo: A terceirização de serviços trata-se de uma gestão empresarial de subcontratação de mão de obra que surgiu em um cenário internacional, durante a Segunda Grande Guerra Mundial e desde então passou ser operada em vários países, buscando a otimização do tempo para um melhor desempenho na produção, a redução de gastos e obrigações legais, além da melhoria da qualidade do produto ou serviço final a ser ofertado ao consumidor. No Entanto, apesar do uso contínuo da prática de subcontratação de mão de obra ao redor do mundo, esta é regulamentada distintamente nas diversas nações aonde é constatada, razão pela qual se faz pertinente o seu estudo comparado, neste artigo voltado para a legislação brasileira e Uruguiaia. A forma como é regulamentada a terceirização de serviços tem forte influência na classe laboral e empresarial de cada país, motivo pelo qual levanta-se em debates a segurança jurídica das partes envolvidas nesta relação trilateral de trabalho. Dessa maneira, este trabalho se propõe a analisar a legislação sobre subcontratação de mão de obra no Brasil e no Uruguai, apontando as suas diferenças e de que modo influenciam na segurança jurídica do obreiro. O estudo concluiu que a regulamentação legal da terceirização no Uruguai garante uma maior segurança jurídica ao trabalhador terceirizado em

¹ Mestrando/UFC, Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário, autor de artigos jurídicos e Advogado. <E-mail: yurikmsa4@hotmail.com>.

comparação ao Brasil. A metodologia utilizada neste artigo se desenvolveu por pesquisa de natureza qualitativa, comparada, com fins exploratórios, de tipo bibliográfica, realizada em livros, periódicos, dissertações, teses, jurisprudências e sítios eletrônicos.

Palavras-chave: Terceirização. Segurança Jurídica. Trabalhador.

Abstract: Outsourcing is a business management of labor that emerged on an international stage during the Second World War and has since been operated in several countries, seeking to optimize time for better performance in the field production, the reduction of expenses and legal obligations, as well as the improvement of the quality of the final product or service to be offered to the consumer. However, despite the continued use of the practice of outsourcing labor around the world, it is distinctly regulated in the various nations where it is found, which is why its comparative study is pertinent, in this article focused on Brazilian and Uruguayan law. The way in which outsourcing services is regulated has a strong influence on the working and business class in each country, which is why the legal security of the parties involved in this trilateral labor relationship is being debated. Thus, this paper aims to analyze the legislation on labor subcontracting in Brazil and Uruguay, pointing out their differences and influencing the legal certainty of the worker. The study concluded that the legal regulation of outsourcing in Uruguay ensures greater legal security for outsourced workers compared to Brazil. The methodology used in this article was developed by qualitative research, with exploratory and descriptive, bibliographic purposes, conducted in books, journals, dissertations, theses, jurisprudences and electronic websites.

Keywords: Outsourcing. *Legal Security*. Worker.

1. Introdução

As relações jurídicas formadas em uma sociedade estão em constante mudança e se modernizam de acordo com o período histórico em que vivemos, sendo influenciadas diretamente pelas tecnologias e momento político e econômico de cada região. Dessa maneira, as relações de trabalho são frequentemente reinventadas de acordo as alterações nos vínculos interpessoais formados entre as partes dos polos trabalhista, cenário que possibilitou o surgimento da terceirização

de serviços, a qual veio para romper com a clássica formação bilateral de trabalho composta diretamente entre empregador e empregado.

Portanto, a terceirização de serviços é uma cadeia jurídica que quebra a clássica relação bilateral de trabalho formada diretamente entre empregado e empregador, na qual o obreiro depende seu labor diretamente a um terceiro interessado, mas mantém vínculo empregatício unicamente com a empresa intermediária, tornando-se, assim, uma exceção, motivo pelo qual, juridicamente, o legislador e os intérpretes da lei devem ser cautelosos para com tais atividades.

A prática da intermediação de serviços surgiu em um cenário internacional, mais especificamente durante a Segunda Guerra Mundial, durante os anos de 1939 a 1945, marcados historicamente por um confronto violento e devastador entre os grupos dos aliados, formados por Inglaterra, União Soviética, França e Estados Unidos, e do eixo, sendo integrado pela Alemanha, Itália e Japão, encerrando-se com a utilização de bombas atômicas nas cidades de Hiroshima e Nagasaki, no Japão. Diante do cenário de guerra, todas as formas de otimização do tempo para alta produção bélica eram de extrema importância e poderiam influenciar no resultado final, oportunidade em que passaram a intermediar a mão de obra de serviços não essenciais para a indústria de armamentos, focando seus esforços apenas nas atividades que de fato iriam potencializar a produtividade, surgindo assim o que viera a ser denominado de terceirização.

Diante do sucesso da prática de intermediação de serviços durante a Segunda Guerra Mundial, esta relação de subcontratação passou ser difundida ao redor do mundo, manifestando-se de maneiras diferentes em vários países, sendo regulada com suas peculiaridades para cada local em que é executada. Assim sendo, este estudo pretende apresentar um comparativo entre a legislação brasileira e a uruguaia, debatendo sobre a segurança jurídica do trabalhador terceirizado em face da regulamentação da responsabilidade da empresa tomadora de serviços perante os obreiros subcontratados.

A subcontratação de serviços é uma relação excepcional, logo a regulamentação sobre a temática deve ser vista com bastante

cautela com o fito de garantir a segurança jurídica das partes envolvidas, evitando quaisquer possibilidades de enriquecimento ilícito e exploração laboral. No entanto, em muitos países, a prática de terceirização de serviços não tem legislação específica, sendo tratada unicamente pela lei civil, como no caso de Portugal, porém outros já detêm uma regulamentação para estabelecer limites e responsabilidades no tocante à intermediação de mão de obra.

No Brasil, a terceirização de serviços surgiu brandamente na década de 1950 através de sua implantação em multinacionais que chegavam ao país e, desde então, a prática vem crescendo e se tornando corriqueira no mercado de trabalho, porém passou anos à margem da legalidade, uma vez que não tinha uma legislação que regulasse a intermediação de mão de obra de uma maneira geral, apenas relações específicas, como o trabalho temporário e o serviço de vigilância. Sendo assim, diante da ampla utilização da terceirização de serviços, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho passou a tratar da temática por meio de suas súmulas, inicialmente a 256 e, posteriormente, a 331, a qual já ampliava as possibilidades de subcontratação para quaisquer atividades-meio, ou seja, não essenciais da empresa tomadora.

Diante da existência apenas de um entendimento jurisprudencial sumulado do TST, reclamava-se no Brasil uma legislação que tratasse da prestação de serviços de uma maneira geral e que garantisse uma segurança jurídica ao trabalhador terceirizado. Desse modo, no ano de 2018, foi promulgada a Lei 13.429, que passou a regulamentar a terceirização de serviços, ampliando sua viabilidade para quaisquer áreas da empresa tomadora e mantendo a responsabilidade subsidiária desta perante os direitos trabalhistas do obreiro subcontratado, o que levanta uma série de questionamentos que serão tratados neste estudo em comparação com a legislação uruguaia.

No Uruguai, a subcontratação de mão de obra passou a ser regulamentada no ano de 2007, através da lei nº 18.099, sancionada em fevereiro deste ano e que, conforme seu texto expreso, *“Se establecen normas para su protección ante los procesos de*

descentralización empresarial", ou seja, passou a estabelecer as regras da subcontratação de mão de obra. Posteriormente, tal legislação foi alterada pela lei 18.251, promulgada em janeiro de 2008, a qual passou a tratar exclusivamente da responsabilidade laboral nos processos de descentralização empresarial, estabelecendo uma série de regras para que as obrigações possam ser devidamente cumpridas.

Diferentemente do Brasil, a regulamentação da terceirização no Uruguai não limitou esta prática a quaisquer que fossem os ramos das empresas contratantes, no entanto, observaremos que a legislação mencionada, apesar de ter viabilizado uma flexibilização dos encargos laborais, buscou uma cautela maior ao tratar da responsabilidade da empresa tomadora perante o trabalhador terceirizado.

Dessa maneira, este estudo se propõe a fazer um comparativo entre a legislação brasileira e a uruguaia, abordando as abordando as concepções da terceirização de serviços e a segurança jurídica que ambos os ordenamentos jurídicos garantem ao trabalhador terceirizado, principalmente no tocante a responsabilidade do tomador contratante e a facilidade ou não do acesso ao crédito trabalhista em caso de descumprimento dos preceitos legais.

A metodologia utilizada neste artigo se desenvolve por pesquisa de natureza qualitativa, haja vista a proposta de analisar criticamente a terceirização de serviços; comparada, uma vez que se verifica a legislação no Brasil e no Uruguai, associando ambas com a segurança jurídica do trabalhador; com fins exploratórios, buscando um aprofundamento em uma realidade já existente; e de tipo bibliográfica, realizada em livros, periódicos, dissertações, teses, jurisprudências e sítios eletrônicos.

2. Terceirização no Brasil

O Brasil é um país de dimensões continentais aonde se desenvolvem as mais diversas atividades laborais e com frequência

constatam-se alterações nos vínculos interpessoais formados entre as partes da relação de trabalho, que se renovam de acordo com avanço da tecnologia e a consequente criação de novos instrumentos de gestão da mão de obra, motivo pelo qual merecem especial atenção. Sendo assim, a terceirização de serviços é uma prática de intermediação de mão de obra que veio a romper com a clássica relação laboral formada diretamente entre empregador e empregado, gerando um novo meio de gestão que passou a despontar no Brasil entre os anos de 1950 e 1960 e, desde então, passou a ser amplamente utilizada no mercado de trabalho sem uma legislação específica que a regulasse de um modo geral, sendo amplamente debatida pela doutrina e jurisprudência até a elaboração da Lei 13.429/17.

2.1. Noções Introdutórias

A prática de intermediação de mão de obra, conhecida no Brasil como terceirização de serviços, pode ser conceituada como uma gestão empresarial na qual rompe com a clássica relação bilateral de trabalho estruturada diretamente entre o empregador e o empregado, formando-se uma relação trilateral de trabalho, na qual o obreiro subcontratado mantém vínculo empregatício unicamente com a empresa intermediária, mas presta seus serviços diretamente ao terceiro interessado, denominado tomador.

Portanto, a terceirização de serviços cria um vínculo trilateral que se mantém ligado por relações distintas, uma vez que a tomadora mantém contrato cível com a empresa intermediária e esta, contratos de trabalho com o seus empregados que, apesar desempenhar o labor diretamente ao terceiro interessado, estão legalmente vinculados apenas a sua empregadora direta. Neste sentido, conceitua Maurício Godinho Delgado:²

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo

² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Ltr, 2016. Pag. 487.

qual se dissocia a relação econômica do trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. Terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

A manifestação da intermediação de mão obra inclui o trabalhador em uma cadeia produtiva voltada para uma economia capitalizada e exigente de uma organização laboral que prepare o tomador para ampla concorrência formada no país. De uma maneira mais simplificada, Vólia Bonfim Cassar³ conceitua terceirização como a “relação trilateral formada entre trabalhador, intermediador de mão de obra e o tomador de serviços, caracterizada pela não coincidência do empregador real com o formal”.

A subcontratação de mão de obra não tinha uma previsão legal que a definisse e a regulasse no Ordenamento Jurídico brasileiro até março de 2017, oportunidade em que diante do momento político conturbado e de flexibilização dos direitos trabalhistas no país, foi elaborada a Lei 13.429, a qual altera e acrescenta dispositivos na Lei n. 6.019 de 1974, definindo assim expressamente a terceirização de serviços em seu artigo 4º-A:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

³ CASSAR, Vólia Bonfim Cassar. *Direito do Trabalho*. 14. Ed. São Paulo: Método, 2017. Pag. 470.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.

Dessa maneira, o novo dispositivo passou a estabelecer em seu texto a definição da prestação de serviços com um sentido mais abrangente, alterando brevemente os conceitos iniciais, haja vista que passou a considerar viável a subcontratação de mão de obra para quaisquer atividades da empresa tomadora de serviços, modificando o entendimento sumulado do Tribunal Superior do Trabalho de que seria lícita tal prática apenas em atividades-meio, denominação dada àquelas funções que não desenvolviam o objeto principal da empresa contratante.

A prática da gestão de mão de obra por meio da prestação de serviços é objeto de debates calorosos pela doutrina jurídica há algum tempo, por se tratar de uma exceção a clássica relação bilateral prevista na Consolidação das Leis do Trabalho, conforme seus artigos 2º e 3º, desenvolvendo-se durante muito tempo à margem da legalidade, permitindo a sua utilização como instrumento para contornar os direitos trabalhistas arduamente conquistados durante anos, razão pela qual protestava-se por uma lei que viesse a garantir maior segurança jurídica as partes envolvidas.

No entanto, diante da crise econômica e política em que atravessava o Brasil no ano de 2017, adotou-se uma organização voltada para a flexibilização da legislação trabalhista, incluindo os entendimentos já consolidados a respeito da terceirização de serviços, publicando-se a Lei 13.429 de 2017 que ampliou o alcance da subcontratação de mão de obra e manteve a responsabilidade subsidiária das empresas tomadoras de serviços.

Laércio Lopes da Silva⁴ entende ser a terceirização uma clara

⁴ SILVA, Laércio Lopes. *A Terceirização e a Precarização nas Relações de Trabalho*. São

manifestação de precarização dos direitos trabalhistas, em razão do vínculo que se forma e da responsabilidade subsidiária, a qual se torna um obstáculo para que o trabalhador execute a empresa tomadora, exigindo tempo até que chegue ao crédito em caso de violação dos seus direitos laborais. Portanto, diante da liberdade das empresas de escolherem a melhor maneira de gerir seus negócios, entende o autor que ônus das obrigações laborais deveria ser arcado também por estas.

Por outro lado, os defensores da ampliação da viabilidade da terceirização de serviços entendem que seu incentivo é necessário para o combate ao desemprego e viabilização do progresso econômico do país. No entendimento de Jefferson Aparecido Dias e Tiago Nunes da Silva⁵ a terceirização é vista como um meio de contornar a crise econômica através da especialização e da recolocação dos trabalhadores no mercado de trabalho.

2.2 Evoluções normativas

Após a abordagem das definições apresentadas para a prática da terceirização de serviços dentro das antigas e novas concepções do termo no Ordenamento Jurídico brasileiro, faz-se pertinente para este estudo apresentar o desenvolvimento normativo deste preceito jurídico até os dias atuais, com o fito de facilitar a compreensão dos questionamentos levantados a respeito da segurança jurídica do trabalhador terceirizado no país.

A CLT foi elaborada no ano de 1943, período em que a subcontratação de mão de obra ainda não havia despontado no Brasil, sendo pautadas as relações de trabalho unicamente pelo vínculo bilateral formado entre o empregador e o empregado, que foram

Paulo: LTr, 2015.

⁵ DIAS, Jefferson Aparecido; SILVA, Tiago Nunes. A reforma trabalhista como mecanismo de reestruturação da economia brasileira. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 12, n. 2, p. 146-157, jul./dez. 2017. Disponível em:< <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/5313>>. Acesso em: 10 out 2019.

definidos nos artigos 2º e 3º do seu texto. No entanto, apesar da CLT não prever a figura do tomador de serviços como parte integrante do meio laboral, esta já trazia em seu texto uma espécie de subcontratação de mão obra por meio da subempreitada.

A subempreitada trata-se de uma das espécies mais antigas de terceirização de mão de obra com previsão legal, podendo ser definida como a relação formada entre um empreiteiro responsável por projeto de construção civil e um terceiro subcontratado a exercer determinado trabalho no empreendimento, o qual poderá ser parte da obra ou toda ela. Segundo o entendimento de R. Rocha,⁶ o contrato de subempreitada precede a um negócio jurídico já existente, no qual inclui-se um terceiro para realização de serviço já pactuado pelo empreiteiro principal. A CLT traz expressamente em seu artigo 455:

Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

Dessa maneira, embora não haja a previsão do reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com o empreiteiro principal, a CLT já previa a possibilidade de que este fosse acionado para o pagamento das verbas trabalhistas dos empregados em caso de inadimplemento do subempreiteiro terceirizado.

Seguindo uma ordem cronológica, diante do sucesso e rápido desenvolvimento da terceirização de serviços, passou-se a prever tal possibilidade também na administração pública, através do Decreto-lei

⁶ Rocha, R. (2019). O Contrato de Subempreitada. *Revista Jurídica Portucalense/Portucalense Law Journal*, (24), 53-72. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/12107>. Acesso em 18 out 2019.

n. 200/67, viabilizando a descentralização das atividades operacionais. O decreto trazia em seu artigo 10, caput, e § 7º, o seguinte texto:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

[...]

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

O mencionado Decreto passou então a regulamentar a subcontratação de serviços na Administração Pública, limitando esta a atividades meramente executivas, assim permanecendo até a atualidade, uma vez que a Lei 13.429 de 2017 não atingiu esta modalidade no setor público.

Na atividade privada não havia uma legislação que abordasse a prestação de serviços de uma maneira geral, mas surgiram leis que passaram a regulamentar algumas espécies de intermediação de mão de obra, dentre elas, a Lei nº 6.019 de 1974, que regulava exclusivamente o trabalho temporário e, quase uma década depois, a Lei nº 7.102 de 1983, que viabilizava a terceirização do serviço de vigilância, inicialmente apenas bancária, posteriormente viabilizada para qualquer tipo de atividade.

O trabalho temporário é uma espécie de terceirização de serviços que foi criado pelo legislador com o objetivo de promover a substituição transitória de empregados permanentes, ou seja, autoriza a contratação de maneira provisória em ocasiões específicas. Veja-se a definição expressa o artigo 2º da lei:

Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à

necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

Importante mencionar que tal dispositivo também fora alterado pela lei 13.429 de 2017, a qual acrescentou a possibilidade de haver trabalho temporário nas ocasiões em que necessite de uma demanda complementar de serviços, deixando aberto este conceito para diferentes interpretações, uma vez que não fora definido o que pode ser considerada demanda complementar.

No que se refere à Lei 7.102 de 1983, esta surgiu em um período de insegurança das instituições financeiras, razão pela qual era autorizada apenas a subcontratação de vigilância bancária, sendo expandido posteriormente para qualquer área pela Lei nº 8.863/94

Adiante, com o crescimento desenfreado da terceirização de serviços no Brasil e a promulgação apenas de leis específicas, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho fora durante muito tempo determinante para ditar as diretrizes das relações de prestação de serviços formadas no mercado de trabalho brasileiro, exercendo por vezes o trabalho de que deveria ser desempenhado pelo poder legislativo e não judiciário.

Sendo assim, o primeiro entendimento sumulado do TST foi editado ainda antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, sob o número 256 e assim previa em seu texto:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. (grifo original)

Como se pode constatar, o primeiro entendimento sumulado do TST teve uma visão restritiva da viabilidade da terceirização de serviços, autorizando sua prática apenas nas hipóteses do trabalho temporário e

da vigilância bancária, determinando que em qualquer outra hipótese fosse reconhecido o vínculo de emprego do trabalhador terceirizado imediatamente com o tomador de serviços.

Em 1988 foi promulgada a Constituição Federal Cidadã e fora estabelecido em seu texto de que haveria a necessidade de concurso para a formação de vínculo com a Administração Pública, limitando a súmula 256 do TST, haja vista que nos casos de terceirização no setor público o reconhecimento do emprego seria inviável. Ademais, passou-se a ter uma pressão interna para que a visão restritiva adotada fosse ampliada em prol da flexibilização e do desenvolvimento econômico do país, uma vez que a prática da terceirização era amplamente implementada. Sendo assim, no entendimento de Biavashi e Santos,⁷ na década de 90 houve uma pressão liberal para flexibilização das normas e entendimentos trabalhistas no país, provocando um cancelamento da súmula 256 pelo TST e a edição da súmula 331, ampliando as hipóteses de subcontratação de serviços para quaisquer atividades-meio e determinando a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços.

Portanto, no ano de 1993 foi editada a súmula 331 do TST, com a seguinte redação:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011
I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

⁷ SANTOS, Anselmo Luís dos; BIAVASCHI, Magda Barros. A terceirização no contexto da reconfiguração do capitalismo contemporâneo: a dinâmica da construção da Súmula n. 331 do TST. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 80, n. 3, p. 19-35, jul./set. 2014. Disponível em: < <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/71081> >. Acesso em 15 out 2019.

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

O texto da mencionada súmula criou a definição de atividades-fim, consideradas aquelas em que desempenham o objeto principal da empresa tomadora de serviços; e de atividades-meio, definidas como as funções não essenciais da contratante. Sendo assim, viabilizou a prestação de serviços em várias funções intermediárias laborais no mercado de trabalho brasileiro, desde que ausentes dois dos requisitos fundamentais para o reconhecimento do vínculo de emprego, a pessoalidade e a subordinação, sob pena de ser considerada ilícita.

A responsabilidade da tomadora de serviços também fora esclarecida pela súmula 331, a qual concretizou o entendimento de que esta seria subsidiária, perdurando até a atualidade, mesmo após a inovação legal referente à prestação de serviços em 2017. Diante da relação excepcional trilateral de trabalho que se forma na gestão da terceirização de serviços, a responsabilidade da tomadora sempre foi questionada e debatida, uma vez que sendo subsidiária, resguarda o terceiro de uma execução direta em casos de violação aos direitos trabalhistas dos obreiros subcontratados, apesar de se beneficiarem diretamente do trabalho desempenhado por estes.

Em 2010, com o julgamento do Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16⁸, foi afastada a responsabilidade

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 Distrito Federal*. Publicação 09/09/2011. Ementário nº 2583. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso 21 out 2019.

objetiva do Estado nas relações de terceirizações de serviços e acrescentado o item V na súmula 331, que traz expresso em seu texto a seguinte redação:

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Desde então, estabeleceu-se que a responsabilidade do poder público nos casos em que atue como tomador de serviços é subsidiária indireta, ou seja, não pode-se presumir de maneira imediata diante do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa intermediária, sendo necessário a comprovação da conduta culposa na fiscalização, ato que demonstre uma conivência ou passividade do ente no ato lesivo dos direitos laborais violados.

A última atualização do entendimento sumulado do TST a respeito da terceirização de serviços ocorreu no ano de 2011, visando esclarecer outro ponto que ainda provocava calorosos debates nos litígios judiciais, ou seja, a extensão da responsabilidade do tomador de serviços perante o obreiro subcontratado levando inserção do item número VIU na referida súmula 331, o qual estabelece expressamente: “VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

Portanto, foi estabelecido que a tomadora de serviços só responde subsidiariamente pelo período em que se beneficiou diretamente dos serviços prestados pelo trabalhador, sanando todas as dúvidas e controvérsias que existiam a respeito desta extensão.

Por fim, no tocante à evolução normativa da terceirização de serviços no Brasil, após mais de 20 anos em que esta prática era

regulamentada por um entendimento jurisprudencial sumulado, foi aprovado no Congresso Nacional o projeto de lei de nº 4.302 de 1998 e transformado na Lei Ordinária nº 13.429 em março de 2017, passando a dispor sobre a prestação de serviços de uma maneira ampla e geral, alterando e acrescentando dispositivos à Lei 6.019 de 1974.

Diante do rápido desenvolvimento da terceirização de serviços no Brasil e a sua regulamentação através de um entendimento sumulado do TST, reclamava-se por uma legislação que viesse a trazer uma maior segurança jurídica ao trabalhador terceirizado, o igualando em direitos ao diretamente contratado pela empresa tomadora e valorizando a mão de obra subcontratada, no entanto a nova Lei nº 13.429 de 2017 passou a flexibilizar ainda mais a gestão, viabilizando a sua prática em quaisquer atividades da terceira contratante, a quarteirização de serviços e mantendo a responsabilidade subsidiária em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empregadora direta.

A nova Lei é omissa em relação a sua aplicação à administração pública, sendo o entendimento majoritário o de que nestas situações a terceirização continua limitada as atividades-meio e demais regras da súmula 331 do TST, até em virtude de não ser permitido vínculo com poder público sem a aprovação prévia em concurso público, inviabilizando a descentralização de atividades-fim.

2.3 Responsabilidade do Tomador de Serviços

A nova lei 13.429 de 2017 foi elaborada e aprovada com intuito de flexibilizar as relações de trabalho geridas pela intermediação da mão de obra laboral, tornando a prática da terceirização de serviços irrestrita com a sua viabilização em quaisquer atividades das empresas tomadoras de serviços, inclusive as funções consideradas essenciais para o desenvolvimento do objeto principal do empreendimento, rompendo com o entendimento jurisprudencial do TST e se desvinculando dos conceitos de atividades-meio e atividades-fim, os quais eram um meio de verificar a legalidade da subcontratação no Brasil.

No entanto, apesar de autorizar legalmente um aumento da abrangência da terceirização no país, a nova lei manteve o polêmico entendimento de que o terceiro contratante responde apenas de maneira subsidiária pelas verbas trabalhistas do trabalhador subcontratado, dificultando o seu acesso em situações de inadimplência. A súmula 331, item IV e VI, do TST, já trazia expressamente em seu texto:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Assim sendo, a Lei 13.429 de 2017 apenas legalizou o entendimento do TST no tocante à responsabilidade do terceiro contratante, unificando os itens IV e VI da súmula no novo artigo 5º-A da Lei 6.019 de 1974, o qual passou a prever o seguinte em sua redação:

“Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos.

§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Portanto, nada se alterou na responsabilidade do tomador de serviços nas relações de terceirização no Brasil, continuando a ser subsidiária, ou seja, no entendimento de Rozi Engelke e Lígia Belmonte⁹, trata-se daquela obrigação secundária e acessória, formada

⁹ ENGELKE, Rozi; BELMONTE, Lígia. Responsabilidade solidária e subsidiária na Justiça do Trabalho: algumas observações. *Cadernos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*. Porto Alegre, v. 3, n. 05, p. 95-106, 2010. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/86294>>. Acesso em 20 out 2019.

de maneira vertical, sendo possível exigir o crédito do terceiro apenas após a cobrança e a consequência inadimplência do devedor direto.

A responsabilidade subsidiária nas relações de subcontratação de mão de obra laboral levanta uma série de questionamentos a respeito da segurança jurídica do trabalhador terceirizado, uma vez que esta dificulta a execução do crédito trabalhista violado, verba de natureza alimentar e por este motivo merece atenção do legislador quando na elaboração de normas que venham a tutelá-lo.

3. Terceirização no Uruguai

A subcontratação de mão de obra desempenhada por meio da prática denominada terceirização de serviços é uma gestão empresarial a qual se desenvolveu paralelamente ao crescimento econômico e a globalização mundial, ocasião em que foram introduzidas no mercado de trabalho diversas estratégias de produção para viabilizar o crescimento empresarial dentro da ampla concorrência que se formava.

No Uruguai não foi diferente, a terceirização de serviços surgiu em um cenário de crescimento econômico do país como uma alternativa as tradicionais relações de trabalho e busca de vantagens financeiras através de uma produção mais sofisticada, sendo utilizada à margem da legalidade até o ano de 2007, quando fora elaborada a primeira legislação que tratava especificamente da intermediação de mão de obra no país.

3.1 Concepção Uruguaia

A concepção uruguaia do termo terceirização de serviços abrange a ideia universal que apresenta a figura do terceiro interessado, formando uma relação de trabalho atípica, na qual o contratante destina a uma empresa intermediária determinada atividade de sua responsabilidade, repassando tais funções e obrigações trabalhistas perante os obreiros subcontratados.

No entendimento de Américo Plá Rodriguez¹⁰, a terceirização de serviços trata-se de um impulso flexibilizador das relações laborais o qual levou a proliferação de empresas intermediárias visando reduzir os custos e transferir os riscos do negócio. Portanto, a intermediação de mão de obra é uma gestão empresarial atípica em sua essência, inclusive no Brasil e no Uruguai, pois forma uma relação trilateral direferenciada dos clássicos vínculos formados diretamente entre o empregador e o empregado, razão pela qual merece ser tutelada com bastante perícia para garantir a segurança jurídica das partes envolvidas.

De uma maneira mais simplista, Gustavo Gauthier¹¹ define a subcontratação de mão de obra da seguinte maneira:

En términos generales, pueden identificarse fundamentalmente dos posiciones sobre el alcance del término subcontratación: una restringida, donde el concepto se asimila más bien a la concepción civilista del subcontrato y una amplia, donde la subcontratación comprende todos aquellos casos donde el empleador contrata con terceros actividades descentralizadas en relación a la organización originaria. (grifo nosso).

Assim sendo, considera a denominada “subcontratacion” como o caso em que há a transferência de descentralização de modo a transferir funções da organização originária da empresa para um terceiro intermediário, formando uma relação trabalhista triangular.

A legislação uruguaia, visando evitar quaisquer indefinições a respeito da subcontratação de mão de obra, também a conceitua no artigo 1º “A” da Lei nº 18.251 de 2008, a qual traz expressamente em seu texto:

¹⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2000.

¹¹ GAUTHIER, Gustavo. Amplificación de la responsabilidad del empresario que utiliza subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra: el caso uruguayo a partir de la sanción de la Ley n. 18.099. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 31, p. 181-200, jul./dez. 2007. Disponível em: < <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/105312>>. Acesso em 19 out 2019.

A) (Subcontratista). Existe subcontratación cuando un empleador, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona física o jurídica, denominada patrono o empresa principal, cuando dichas obras o servicios se encuentren integrados en la organización de éstos o cuando formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento, principal o accesoria (mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia), ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo. (grifo nosso).

A definição legal da subcontratação apresentada no Ordenamento Jurídico uruguaio já determinava a figura do empregador intermediário e o seu risco por conta própria na execução dos serviços descentralizados do tomador, bem como desde 2008, quando fora elaborada, já viabilizava a intermediação de mão de obra em quaisquer atividades da empresa contratante, sejam elas acessórias ou principais.

3.2 Legislação Vigente

No Ordenamento Jurídico uruguaio não havia uma legislação que tratasse exclusivamente da gestão empresarial de intermediação de mão de obra laboral até o ano de 2007. Assim sendo, a prática da terceirização de serviços se desenvolvia à margem da legalidade no país, sendo-lhe aplicada a Lei dos “*Consejos de Salarios*”, de número 10.449, de 12 de novembro de 1943, a qual fora elaborada visando regular o salário mínimo do trabalhador na área da construção civil, no entanto passou a ser aplicada paulatinamente para quaisquer relações de subcontratação laboral.

Isto posto, já na década de 1940, a mencionada Lei 10.449 previa a responsabilidade subsidiária do empregador ou empresário que subcontratasse serviços de terceiros, trazendo expressamente no texto do seu artigo 3º a seguinte redação: “*Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas o intermediarios permanecerá, no obstante, obligado subsidiariamente al pago de los salarios mínimos fijados.*” Portanto, apesar de ser um artigo isolado de uma lei idealizada para a área da construção, tal dispositivo passou a ser aplicado para todas

relações trilaterais de trabalho que envolviam a prestação de serviços.

Com o rápido crescimento da terceirização de serviços, tal dispositivo de lei, no entendimento de Gustavo Gauthier¹², não era o suficiente para regulamentar todas as espécies de subcontratação de mão de obra, inclusive aquelas posteriormente consideradas ilícitas, ou seja, voltadas para contornar a relações diretas de trabalho.

Na compreensão de Alejandro Castello¹³, o marco da legalização da terceirização no Uruguai foi a elaboração das Leis 18.099 de 2007 e 18.251 de 2008, as quais passaram regular a denominada descentralização empresarial e as responsabilidades das partes integrantes desta gestão atípica de mão de obra laboral. Ainda nos dizeres deste autor, a intermediação de serviços no país uruguaio se iniciou apenas nas atividades secundárias, ou seja, aquelas que não consistiam no desenvolvimento do objeto principal da empresa, no entanto logo fora estendida para as funções consideradas essenciais das contratantes.

Inicialmente foi elaborada e publicada a lei n. 18.099 de 2007, a qual fora estabelecida com o objetivo de tutelar as relações de descentralização de serviços, determinando uma responsabilidade solidária perante as obrigações trabalhistas do obreiro subcontratado, regime de informação por escrito dos benefícios e suas garantias. Dentre outras, a mencionada lei traz expressamente no texto do artigo 4º: *“todo trabajador contratado mediante alguna de las modalidades previstas por esta norma será informado previamente por escrito sobre sus condiciones de empleo, su salario y, en su caso, la empresa o institución para la cual prestará servicios.”*, ou seja, nas relações de prestação de

¹² GAUTHIER, Gustavo. Amplificación de la responsabilidad del empresario que utiliza subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra: el caso uruguayo a partir de la sanción de la Ley n. 18.099. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 31, p. 181-200, jul./dez. 2007. Disponível em:< <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/105312>>. Acesso em 19 out 2019.

¹³ CASTELLO, Alejandro, La subcontratación y las relaciones de trabajo en Uruguay, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm 9, julio-diciembre, 2009, pp. 53-87. Disponível em:< <https://www.redalyc.org/pdf/4296/429640264003.pdf>> Acesso em 18 out 2019.

serviços, deve ser comunicado por escrito ao trabalhador todas as suas condições de labor e, sempre que possível, o local aonde este irá desempenhar suas atividades.

Logo em seguida, em razão da reação do empresariado uruguaio à responsabilidade solidária da tomadora de serviços e da empresa intermediária perante as obrigações trabalhistas do trabalhador terceirizado, foi elaborada a Lei n. 18.251 de 2008, a qual apresentou uma definição legal para a descentralização de atividades empresariais, tornou a responsabilidade da contratante subsidiária, definiu sua extensão e apresentou uma série de regras para tutelar as partes envolvidas.

A legislação vigente no Uruguai abrange qualquer empresa ou pessoa física que contrate serviços de terceiros, inclusive a administração pública, conforme prever o artigo 1º da Lei 18.099 de 2007. Vejamos a percepção de Mario Garmédia Arigón¹⁴:

régimen legal comprende a todo patrono o empresário que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra. Por consiguiente, el sistema se aplica a cualquier empleador, independientemente del sector o giro al que se dedique (industria, comercio, servicios, actividad en el medio urbano, rural, etc.), incluye también a las entidades públicas estatales y paraestatales. (grifo nosso)

Portanto, importante frisar que as Leis 18.099/07 e 18.251/08 são aplicáveis tanto nas relações em que as partes sejam exclusivamente do regime privado ou naquelas situações que envolvam também a administração pública uruguaia.

¹⁴ ARIGÓNS, Mário Garmédia. Régimen Legal de La Subcontratación Laboral em Uruguay. *Revista Científica Faculdades do Saber, Mogi Guaçu*, 2(3), 247-265, 2017. Disponível em: < file:///C:/Users/Samsung/Downloads/31-Texto%20do%20artigo-50-1-10-20190522%20(2).pdf >. Acesso em 24 out 2019.

3.3 Comprometimento Empresarial

A responsabilidade pelas obrigações trabalhistas é um dos pontos mais debatidas no tocante à prática da terceirização de serviços em todo mundo, sendo sempre colocado em pauta o limite desta e como seria esta aplicada à empresa intermediária ou à contratante tomadora de serviços.

A responsabilidade perante as verbas trabalhistas podem ser estabelecidas de forma solidária ou subsidiária, havendo uma diferença fundamental entre estas, o que influencia diretamente na cobrança do crédito inadimplido. A responsabilidade solidária é aquela na qual todas as partes envolvidas respondem diretamente pelas dívidas contraídas, havendo a viabilidade de que sejam acionadas simultaneamente para o pagamento do débito; a responsabilidade subsidiária corresponde a uma espécie na qual pressupõe a existência de um devedor principal e outro acessório, de maneira que os direitos violados só podem ser cobrados do segundo apenas após a reclamação formal perante o primeiro, devendo seguir uma ordem de cobrança.

No Uruguai, esta responsabilidade passou muito tempo sendo atribuída de maneira direta à prestadora de serviços e subsidiariamente a tomadora que se beneficiava da mão de obra contratada, com fundamento no já mencionado artigo 4^a da Lei n. 10.449 de 1943. Não obstante, visando garantir uma maior proteção aos direitos sociais, especialmente os trabalhistas, foi elaborada em 2007 a Lei n. 18.099, a qual passou a considerar a responsabilidade solidária perante os direitos trabalhistas do obreiro subcontratado, facilitando o acesso ao crédito em caso de inadimplemento das verbas trabalhistas. O artigo 1º da Lei n. 18.099 trazia em a seguinte redação:

Artículo 1º. Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra, será responsable solidario de las obligaciones laborales de éstos hacia los trabajadores contratados, así como del pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad provisional que corresponda, de la prima de accidente de trabajo y enfermedad profesional y de las sanciones y recuperos que se adeuden al Banco de Seguros del Estado en relación

a esos trabajadores.

El Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, los organismos comprendidos en los artículos 220 y 221 de la Constitución de la República, las Intendencias Municipales, las Juntas Departamentales y las personas públicas no estatales, cuando utilicen personal mediante algunas de las modalidades previstas en el inciso anterior, quedan incluidos en el régimen de responsabilidad solidaria regulado por esta ley.

La responsabilidad solidaria queda limitada a las obligaciones devengadas durante el período de subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra.(grifo nosso)

Assim sendo, a Lei n. 18.099 de 2007, a primeira legislação que dispôs diretamente sobre a terceirização de serviços no Uruguai, previa uma responsabilidade solidária do tomador contratante e do prestador de serviços perante as obrigações trabalhistas do trabalhador subcontratado, estendendo esta regra tanto para as relações exclusivamente privadas como para as que envolviam a administração pública. Na compreensão de Oscar Ermida Uriarte e Natalia Colotuzzo¹⁵, a então nova lei publicada em 2007 ampliava a responsabilidade do tomador que apenas respondia pelo salário mínimo, passando a ser responsável solidário pelo pagamento de todas as obrigações trabalhistas, inclusive contribuições previdenciárias e indenizações em decorrência de acidente de trabalho.

Conforme Alfredo Fernández Vicente¹⁶, diante das regulações da Lei. 18.099 de 2007, o mercado de trabalho reagiu às novas imposições legais às relações de intermediação de mão de obra, manifestando sua insatisfação e forçando o poder executivo a lançar um novo projeto de lei complementar para alterar alguns pontos da referida norma, o que gerou a Lei 18.251 de 2008.

A Lei 18.251 veio para atender em parte o anseio do empresariado uruguaio, alterando a regra da responsabilidade solidária para

¹⁵ URIARTE, Oscar Ermida; COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, Tercerización, Subcontratación*. 1. ed. Lima: OIT, Proyecto FSAL, 2009.

¹⁶ VICENTE, Alfredo Fernández. *Terceirizaciones Laborales*. 1. ed. Motevideo: Ediciones Ideas, 2009.

subsidiária, apesar de prever uma série de requisitos para que esta assim seja mantida no momento de um possível litígio judicial. O artigo 6º da referida lei assim prever em sua redação:

Artículo 6º. (Responsabilidad del patrono o empresa principal).- Cuando el patrono o la empresa principal hiciere efectivo el derecho a ser informado establecido en el artículo 4º de la presente ley, responderá subsidiariamente de las obligaciones referidas en el artículo 1º de la Ley Nº 18.099, de 24 de enero de 2007, con la limitación temporal allí establecida y el alcance definido en el artículo 7º de la presente ley. (grifo nosso)

Estabeleceu-se a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, denominado empregador ou empresa principal pela lei, no entanto esta poderá ser revertida para solidária nas ocasiões em que o contratante não exerça seu direito de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela empresa intermediária, conforme prever o artigo 4º da lei.

Com fito de garantir uma maior autoridade à empresa tomadora de serviços, a lei n. 18.251 viabilizou a possibilidade de retenção das obrigações acordadas com a prestadora intermediária em caso de verificação da violação do cumprimento dos direitos laborais e previdenciários dos trabalhadores subcontratados. Veja-se a redação do artigo 5º da lei:

Artículo 5º. (Retención de los pagos).- Cuando el subcontratista, el intermediario o la empresa suministradora no acredite oportunamente el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales y del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en la forma señalada, el patrono o empresario principal podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél o aquéllos, el monto correspondiente. El mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas.

Quien ejerza dicha facultad estará obligado a pagar con ella al trabajador, a la entidad previsional acreedora y al Banco de Seguros del Estado.

En todo caso, el patrono o empresario podrá pagar por subrogación al

trabajador, a la entidad previsional acreedora o al Banco de Seguros del Estado. (grifo nosso).

Dessa maneira, nas situações em que o contratante tomador de serviços se deparar com uma negativa de prestação de contas do cumprimento dos direitos laborais e previdenciárias dos obreiros terceirizados, este poderá reter o cumprimento de suas obrigações perante o prestador de serviços, inclusive no tocante ao pagamento dos valores previamente acordados em contrato.

4. Diferenças legais e a segurança jurídica do trabalhador

Como explanado no decorrer deste trabalho, pode-se perceber que a prática de terceirização se expandiu mundialmente, no entanto fora recebida de diferentes maneiras nos mais diversos países, nos quais alguns, como no caso do Brasil e Uruguai, foram elaboradas leis específicas para a regulação desta gestão empresarial de mão de obra, mas em outros, como em Portugal, a prestação de serviços é conduzida unicamente pela legislação civil já existente e não por normas criadas exclusivamente para tal finalidade.

Sendo assim, no Brasil e no Uruguai, apesar de atualmente existir nos dois ordenamentos jurídicos uma legislação específica para a intermediação de mão de obra laboral, esta técnica fora se desenvolvendo distintamente nos dois países, o que gerou consequências na elaboração de suas leis, com resultados fundamentais na segurança jurídica do trabalhador subcontratado, os quais serão abordados neste estudo.

No Brasil, a terceirização se desenvolveu mais tempo à margem da legalidade, sem uma legislação que tratasse exclusivamente da prestação de serviços de um modo geral, o que provocou um intenso trabalho dos tribunais trabalhistas, inclusive do Tribunal Superior do Trabalho, que por muitas vezes atua no país como legislador, regulando tal gestão apenas através da súmula 331 até o ano de 2017, quando enfim foi votada e publicada a Lei n. 13.429; no Uruguai, a

gestão triangular de mão de obra se expandiu em território nacional rapidamente, passando um bom período sendo regulada por leis diversas elaboradas para outros fins, até o ano de 2007, 10 anos mais cedo que no Brasil, quando fora elaborada a Lei n. 18.099, definindo então alguns pontos controversos sobre a temática, como a responsabilidade do tomador de serviços e sua extensão, posteriormente retificada e complementada pela Lei n. 18.251 de 2008.

Um ponto semelhante na história da terceirização de serviços no Brasil e no Uruguai e que merece o devido apontamento, trata-se do fato que em ambos os países houve uma pressão do empresariado para que fosse garantida uma maior flexibilização da gestão de intermediação de mão de obra, visando garantir vantagens em um mercado globalizado em que a ampla concorrência vem se intensificando constantemente. Destarte, em ambos os casos a influência do capital surtiu efeitos, no Brasil, aonde a terceirização havia sido limitada apenas para os casos específicos de trabalho temporário e vigilância bancária, fora ampliada sua viabilidade para quaisquer atividades da empresa contratante, enquanto manteve-se sua responsabilidade subsidiária perante as obrigações trabalhistas; no Uruguai, aonde a responsabilidade havia sido determinada de maneira solidária, logo fora mudada para subsidiária, apesar das ressalvas legais.

A Lei n. 6.019, atualizada pela Lei 13.429, do Brasil e as Leis n. 18.099 e n. 18.251 do Uruguai abordam pontos essenciais para a segurança jurídica do trabalhador terceirizado, principalmente no tocante a responsabilidade e idoneidade do tomador de serviços e da empresa intermediária perante as obrigações laborais dos empregados.

Assim sendo, a lei brasileira traz em seu texto alguns requisitos para que uma empresa possa atuar na condição de prestadora de serviços, estabelecendo em seu artigo 4º-B, a seguinte redação:

“Art. 4º-B . São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II - registro na Junta Comercial;

III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:

- a) empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);
- b) empresas com mais de dez e até vinte empregados - capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);
- c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados - capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);
- d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados - capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e
- e) empresas com mais de cem empregados - capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

Portanto, estabeleceu-se condições que teoricamente garantem que a empresa destinada a prestar serviços para terceiros tenha condições de honrar com suas obrigações trabalhistas, além de outros aspectos abordados, como a garantia de que o obreiro subcontratado não poderá exercer função distinta da que foi contratada, previsão do artigo 5º-A, § 1º da referida lei. Ademais, estabelece em seu artigo 19-A que o descumprimento da lei sujeita à empresa a aplicação de multa, no entanto não estabelece valores nem diretrizes para a quantificação desta.

Relativamente à responsabilidade do tomador de serviços perante as obrigações trabalhistas, fora mantida a espécie subsidiária, sem nenhuma ressalva específica, salvo se for constatada uma fraude a relação de trabalho, o que gera a nulidade já garantida pelo artigo 9º da CLT, ocasião em que o comprometimento será solidário. Tal determinação é questionada, uma vez que lei ampliou consideravelmente a viabilidade da terceirização no país, permitindo sua aplicação em quaisquer atividades da contratante e autorizando a quarteirização de serviços, situação em que haverá uma relação quadrangular e não mais triangular, apesar do fato de apenas a empregadora direta se responsabilizar imediatamente pelo cumprimento da lei trabalhista.

No Uruguai, a Lei n. 18.251 de 2008 passou a regular

expressamente a responsabilidade e os direitos e deveres das partes envolvidas nas relações triangulares de intermediação de mão de obra laboral, mas comumente denominada no país de descentralização de serviços.

A legislação uruguaia estabeleceu alguns direitos relativos ao tomador de serviços perante a empresa intermediária, ao mesmo tempo em que pré-determinou ser dever daquela exercê-los, sob pena de está condicionada a responsabilidade solidária quanto às obrigações trabalhistas. Portanto, o artigo 4º da lei 18.251 assim estabelece em sua redação:

Artículo 4º. (Información sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social).- Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra tiene derecho a ser informado por éstos sobre el monto y el estado de cumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales, así como las correspondientes a la protección de la contingencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que a éstos correspondan respecto de sus trabajadores.

A esos efectos, queda facultado a exigir a la empresa contratada la exhibición de los siguientes documentos:

A) Declaración nominada de historia laboral (artículo 87 de la Ley Nº 16.713, de 3 de setiembre de 1995) y recibo de pago de cotizaciones al organismo previsional.

B) Certificado que acredite situación regular de pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad previsional que corresponda (artículo 663 de la Ley Nº 16.170, de 28 de diciembre de 1990).

C) Constancia del Banco de Seguros del Estado que acredite la existencia del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

D) Planilla de control de trabajo, recibos de haberes salariales y, en su caso, convenio colectivo aplicable.

Asimismo, podrá requerir los datos personales de los trabajadores comprendidos en la prestación del servicio a efectos de realizar los controles que estime pertinentes.(grifo nosso)

Sendo assim, é um direito do contratante exigir do prestador

serviços documentos e comprovações do devido cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados terceirizados que desempenham suas atividades diretamente ao tomador. A mencionada lei foi além, prevendo a possibilidade de que se a parte intermediária negasse a passar tais informações ou mesmo em caso de constatação do desrespeito aos direitos laborais e previdenciários, autoriza expressamente em seu artigo 5º a retenção das obrigações do tomador perante a empresa intermediária, como uma forma de garantia e de coerção para o respeito às normas legais.

Diante dos mecanismos de fiscalização legal que a tomadora detém perante a empresa intermediária, a lei estabeleceu em seu artigo 6º que a sua responsabilidade perante os obreiros subcontratados é subsidiária desde que comprovada a cautela e guarda quanto ao cumprimento dos direitos dos empregados, salvo contrário terá o dever solidário perante estes. Portanto, a responsabilidade no Uruguai é subsidiária indireta, pois necessita da constatação dos pré-requisitos previstos em lei.

Expostas as principais diferenças da legislação dos dois países acerca da terceirização de serviços, percebe-se que o legislador uruguaio teve uma maior cautela quanto à segurança jurídica do trabalhador subcontratado, pois estabeleceu critérios e obrigações de fiscalização do tomador de serviços perante o cumprimento das obrigações laborais e previdenciárias, estabelecendo que a sua infringência enseje na responsabilidade solidária, ou seja, de uma maneira objetiva e sensata, dificulta a violação dos direitos dos trabalhadores, de modo que em caso de inadimplemento, facilita o acesso destes aos créditos desrespeitados.

A existência dos requisitos e exigências de controle do cumprimento dos direitos laborais com o fito de manter a responsabilidade subsidiária é de extrema valia para a segurança jurídica do trabalhador, pois provocará uma preocupação das partes empreendedoras com o funcionário terceirizado. Não obstante tal constatação, a legislação no Brasil não trata destes detalhes, sendo a responsabilidade sempre subsidiária, salvo em caso de fraude, o que

dificulta o acesso do trabalhador ao crédito trabalhista nas situações de inadimplência da empregadora direta, haja vista que será necessário seguir uma ordem processual legal que demandará maior tempo até chegar ao crédito trabalhista, o qual é de natureza alimentar. No entendimento de Laercio Lopes da Silva,¹⁷ a responsabilidade subsidiária nas relações de terceirização nada mais é que do que uma dificuldade de execução da tomadora de serviços.

5. Considerações finais

O presente estudo comparado buscou apresentar o surgimento da legislação específica acerca da terceirização de serviços no Brasil e no Uruguai, abordando as concepções deste meio de gestão empresarial e o desenvolvimento normativo até a contemporaneidade em ambos os países, de modo a confrontar as similitudes e diferenças legais que garantem ou não a segurança jurídica do trabalhador subcontratado, principalmente no tocante a responsabilidade do tomador contratante perante as obrigações trabalhistas dos empregados subcontratados.

Diante da apreciação do material levantado neste estudo, entende-se que a terceirização conserva uma concepção universal, aplicada igualmente em todos os países aonde é utilizada, na qual forma-se uma relação triangular de trabalho com a figura do tomador de serviços, quebrando o clássico vínculo bilateral em que o empregado exerce seu labor diretamente ao seu empregador direto, passando a efetuar-lo a um terceiro contratante, apesar de manter relação empregatícia apenas com o empreendedor intermediário.

No tocante a finalidade da gestão empresarial aqui estudada, verifica-se também uma similitude universal, haja vista que esta é

¹⁷ SILVA, Laercio Lopes. *A Terceirização e a Precarização nas Relações de Trabalho: a atuação do juiz na garantia da efetivação dos direitos fundamentais nas relações assimétricas de poder: interpretação crítica ao PL n. 4.330/2004*. 1.ed. São Paulo: Ltr, 2015.

utilizada com o fito de aumentar a produtividade e reduzir os custos das atividades desenvolvidas nos mais diversos setores, além de, em alguns casos, buscar a melhoria do produto final ofertado, visando uma maior competitividade das empresas tomadoras de serviços.

Desse modo, apesar da ideia da prática ser global, esta se desenvolveu de maneira distinta nos mais diversos países aonde fora introduzida, adaptando-se as culturas e ordenamentos jurídicos de cada localidade. No Brasil, a intermediação de mão de obra passou mais de duas décadas se desenvolvendo a margem da legalidade e regulada pelo entendimento jurisprudencial dos tribunais, enquanto no Uruguai buscava-se aplicar analogicamente dispositivos legais que não foram elaborados especificamente para os fins almejados. Portanto, em 2007 fora elaborada a Lei n. 18.099, a primeira sobre o assunto no Uruguai e, apenas 10 anos depois, fora aprovada e publicada no Brasil a Lei n. 13.429, a qual passou a tratar da prestação de serviços.

No desenvolvimento normativo da intermediação de mão de obra, em ambos os países, percebeu-se um ponto em comum que influenciou diretamente nos dispositivos legais das leis aqui estudadas, que fora a pressão interna do empresariado com intuito de garantir uma maior flexibilidade desta gestão e reduzir as responsabilidades perante os trabalhadores, de modo a viabilizar a redução de custos para fazer da subcontratação um negócio vantajoso.

Por fim, examinando a segurança jurídica do trabalhador terceirizado, verifica-se que a legislação uruguaia garante uma maior proteção, haja vista prever em seu texto legal, apesar da responsabilidade inicialmente subsidiária, uma serie de obrigações do tomador de serviços perante a fiscalização do devido cumprimento dos direitos laborais e previdenciários dos empregados subcontratados, viabilizando inclusive a retenção de seus encargos com o empreendedor intermediário, sob pena de responder solidariamente por tais débitos.

Assim sendo, no Brasil, apesar da concretização da aclamada legislação acerca da temática, conclui-se que há uma falsa sensação de segurança jurídica, pois se passou a flexibilizar a viabilidade da terceirização de serviços para quaisquer atividades do tomador

contratante, inclusive permitindo a quarteirização, mas manteve a responsabilidade exclusivamente subsidiária perante os direitos laborais, independentemente do dever de fiscalização ou cautela perante o devido cumprimento legal, o que dificulta o acesso do trabalhador ao crédito trabalhista em caso de inadimplemento do empregador direto, pois não poderá executar diretamente os beneficiários imediatos do labor despendido durante o contrato de trabalho.

Referências

ARIGÓNS, Mário Garmédia. Régimen Legal de La Subcontratación Laboral em Uruguay. *Revista Científica Faculdades do Saber, Mogi Guaçu*, 2(3), 247-265, 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/Samsung/Downloads/31-Texto%20do%20artigo-50-1-10-20190522%20(2).pdf>. Acesso em 24 out 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 Distrito Federal*. Publicação 09/09/2011. Ementário nº 2583. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso 21 out 2019.

CASSAR, Vólia Bonfim Cassar. *Direito do Trabalho*. 14. Ed. São Paulo: Método, 2017.

CASTELLO, Alejandro, La subcontratación y las relaciones de trabajo en Uruguay. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm 9, julio-diciembre, 2009, pp. 53-87. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/4296/429640264003.pdf>> Acesso em 18 out 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Ltr, 2016.

DIAS, Jefferson Aparecido; SILVA, Tiago Nunes. A reforma trabalhista como mecanismo de reestruturação da economia brasileira. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 12, n. 2, p. 146-157, jul./dez. 2017. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/5313>>. Acesso em: 10 out 2019.

ENGELKE, Rozi; BELMONTE, Ligia. Responsabilidade solidária e subsidiária na Justiça do Trabalho: algumas observações. *Cadernos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*. Porto Alegre, v. 3, n. 05, p. 95-106, 2010. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/86294>>. Acesso em 20 out 2019.

GAUTHIER, Gustavo. Amplificación de la responsabilidad del empresario que utiliza subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra: el caso uruguayo a partir de la sanción de la Ley n. 18.099. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 31, p. 181-200, jul./dez. 2007. Disponível em: < <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/105312>>. Acesso em 19 out 2019.

Rocha, R. (2019). O Contrato de Subempreitada. *Revista Jurídica Portucalense/Portucalense Law Journal*, (24), 53-72. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/12107>. Acesso em 18 out 2019.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SANTOS, Anselmo Luís dos; BIAVASCHI, Magda Barros. A terceirização no contexto da reconfiguração do capitalismo contemporâneo: a dinâmica da construção da Súmula n. 331 do TST. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 80, n. 3, p. 19-35, jul./set. 2014. Disponível em: < <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/71081>>. Acesso em 15 out 2019.

SILVA, Laércio lopes. *A Terceirização e a Precarização nas Relações de Trabalho*. 1. ed. São Paulo: Ltr, 2015.

SILVA, Laercio Lopes. *A Terceirização e a Precarização nas Relações de Trabalho: a atuação do juiz na garantia da efetivação dos direitos fundamentais nas relações assimétricas de poder: interpretação crítica ao PL n. 4.330/2004*. 1.ed. São Paulo: Ltr, 2015.

URIARTE, Oscar Ermida; COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, Terceirización, Subcontratación*. 1. ed. Lima: OIT, Proyecto FSAL, 2009.

VICENTE, Alfredo Fernández. *Terceirizaciones Laborales*. 1. ed. Motevideo: Ediciones Ideas, 2009.

Legislação utilizada

BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, de 31 de março de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Lei nº 8.666/93, de 23 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso

XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 06 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

____. Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 de junho de 1983, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

____. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 04 de janeiro de 1974, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

____. Decreto lei nº 200/67, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

____. Decreto lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das leis do trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, de 08 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, *Diário de Justiça Eletrônico*, divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 10 out. 2019.

____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 256. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, *Diário de Justiça Eletrônico*, divulgado em 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em: 10 out. 2019.

URUGUAI. *Lei 18.099, publicada em 24 de janeiro de 2007*. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes?Ly_Nro=18099&Ly_fechaDePromulgacion%5Bmin%5D%5Bdate%5D=&Ly_

Conteúdo da obra

Esta obra é resultado de pesquisa desenvolvida com base no Direito Comparado, enfocando predominantemente o Direito do Trabalho. Trata-se de contribuição acadêmica para a compreensão e o aprimoramento das relações de trabalho, considerando que muitas mudanças estão ocorrendo em vários países, simultaneamente e parâmetros idênticos, a justificar um repensar sobre a teoria do Direito do Trabalho, o que será objeto de estudo futuro. Temas importantes são abordados pelos co-autores, envolvendo o direito individual e o direito coletivo de trabalho, como terceirização, negociação coletiva, greve, intervalo para almoço, sentenças estrangeiras etc. .

Coletânea de artigos de alunos do Seminário em
Direito Comparado do Trabalho

Universidade Federal do Ceará |
Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito

ISBN 978-65-81313-00-5

www.excolasocial.com.br

