

ORGANIZADORES
RODRIGO GARCIA SCHWARZ
MARCIA COSER PETRI
NILSON FELICIANO DE ARAÚJO

Série
Ensaios

**DIREITO FUNDAMENTAL
AO TRABALHO DIGNO
TOMO II**



Editora Unoesc

© 2017 Editora Unoesc

Direitos desta edição reservados à Editora Unoesc

É proibida a reprodução desta obra, de toda ou em parte, sob quaisquer formas ou por quaisquer meios, sem a permissão expressa da editora.

Fone: (49) 3551-2000 - Fax: (49) 3551-2004 - www.unoesc.edu.br - editora@unoesc.edu.br

Editora Unoesc

Coordenação

Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Revisão Metodológica: Bianca Regina Paganini

Projeto Gráfico: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

D598 Direito fundamental ao trabalho digno: Tomo II /
organizadores: Rodrigo Garcia Schwarz, Marcia Coser
Petri, Nilson Feliciano de Araújo. – Joaçaba: Editora
Unoesc, 2017. – (Série Ensaios)
158 p. ; 23 cm
ISBN 978-85-8422-136-3

1. Direitos fundamentais. 2. Dignidade. 3. Trabalho. I.
Schwarz, Rodrigo Garcia, (org.). II. Petri, Marcia
Coser, (org.). III. Araújo, Nilson Feliciano de, (org.)
IV. Série

Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor

Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*

Campus de Chapecó

Ricardo Antonio De Marco

Campus de São Miguel do Oeste

Vitor Carlos D'Agostini

Campus de Videira

Ilido Fabris

Campus de Xanxerê

Genesio Téó

Pró-reitor de Graduação

Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão

Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria

Lindamir Secchi Gadler

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti

Débora Diersmann Silva Pereira

Andréa Jaqueline Prates Ribeiro

Jovani Antônio Steffani

Eliane Salete Filippim

Carlos Luiz Strapazon

Marilda Pasqual Schneider

Claudio Luiz Orço

Maria Rita Nogueira

Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística e metodológica é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO..... 5
Rodrigo Garcia Schwarz

DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO: O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E AS FUNÇÕES INFORMATIVA, NORMATIVA E INTERPRETATIVA DOS PRINCÍPIOS 11
Nilson Feliciano de Araújo

DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO: A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA EXECUÇÃO TRABALHISTA NA PERSPECTIVA DA COLISÃO DE PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY 39
Marcia Coser Petri

DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO: O TRABALHO DA MULHER E SITUAÇÕES DE TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO..81
Barbara Moesch Welter

DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO: APONTAMENTOS À POLÍTICA BRASILEIRA DE RECEPÇÃO DE TRABALHADORES ESTRANGEIROS A PARTIR DE HABERMAS 99
André Filipe de Moura Ferro

DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO: O SOFRIMENTO PSÍQUICO PELO TRABALHO – UMA ANÁLISE DA IMPORTÂNCIA DO TRABALHO PARA A ESTABILIDADE PSICOLÓGICA DO INDIVÍDUO E UMA APRECIÇÃO DAS PSICOPATOLOGIAS NO AMBIENTE DE TRABALHO..... 111
Esthevam Lermen Eidt

DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO: REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVO, ENTRE O DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO PENAL - BREVES CONSIDERAÇÕES 127
Volnete Gilioli

DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO: O CUSTO SOCIAL DA IMIGRAÇÃO - ENSAIO SOBRE AS CAUSAS DETERMINANTES PARA AS MIGRAÇÕES VOLUNTÁRIAS 141
Cristiane Brum dos Santos

APRESENTAÇÃO

Rodrigo Garcia Schwarz*

É sabido que, na contemporaneidade, são sobretudo os direitos humanos fundamentais e as suas garantias institucionais ou institucionalizadas que constituem o principal referente para avaliar a própria legitimidade de um ordenamento jurídico-político, internamente ou perante a comunidade internacional. No âmbito do constitucionalismo social contemporâneo, o tratamento especial/privilegiado concedido aos direitos humanos justifica-se a partir de uma profunda afinidade axiológica e normativa entre o direito internacional contemporâneo, que, a partir da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, confere especial hierarquia para os direitos humanos, e o direito interno de cada país membro da ONU, que confere, de forma similar, com maior ou menor ênfase, uma especial hierarquia para esses direitos, considerados fundamentais. É natural que as constituições contemporâneas, ao menos no Ocidente, tendam a realçar essa profunda afinidade, conferindo, assim, um status verdadeiramente especial para os instrumentos internacionais de direitos humanos.

A forma universal dos direitos humanos, e sua fundamentalidade nos ordenamentos particulares, *tout court*, corresponde à exigência de uma ordem mundial na qual todos os homens possam realmente desfrutar de todos os seus direitos humanos/fundamentais. O processo de especificação e reclamo de conteúdos particulares para a forma universal dos direitos humanos é um processo empírico e coletivo de aprendizagem moral e política: direitos humanos fundamentais – civis, políticos e sociais – devem ser um problema universal, não só abstrato, intelectual, mas generalizado no desenho de todos os segmentos da sociedade. Deve ser exi-

* Professor Doutor do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

gida generalização e universalidade para todos os direitos humanos fundamentais, civis, políticos e sociais. Generalização no sentido de que esses direitos são para todos e por todos; universalidade no sentido do componente metafísico da concepção da pessoa humana, independentemente de etnia, religião, preferências sexuais, cultura ou gênero, por exemplo.

Assim, os direitos sociais em especial, direitos que sustentam o conceito de mínimo existencial, não podem deixar de ser concretizados sem que se viole profundamente esse valor supremo que é a dignidade humana. Os direitos sociais foram sucessivamente constitucionalizados no século vinte, sendo, assim, sucessivamente proclamados como direitos fundamentais, deixando-se para trás os limites do Estado Liberal e as suas arcaicas formulações. As contradições entre os princípios do Estado Liberal e os do Estado Social foram superadas pelo Estado Democrático de Direito, que se vincula a uma concepção material (e não meramente processual) de democracia como participação também em resultados, o que exige, para os direitos sociais fundamentais, uma configuração jurídico-política e uma interpretação coerente com esses supremos princípios democráticos.

Por outro lado, os direitos sociais foram amplamente enunciados como direitos humanos no âmbito de um verdadeiro “direito constitucional internacional”, ou “direito dos direitos humanos”, que exsurge da ampla convergência dinâmica entre o direito constitucional e o direito internacional, que se retroalimentam e auxiliam mutuamente na proteção da dignidade humana: tendo-se em conta que os princípios gerais de direito reconhecidos pelas civilizações são uma das fontes reconhecidas do direito internacional (art. 38.1 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça), resulta razoável que o próprio direito internacional tenha em conta os avanços do direito constitucional em matéria de direitos humanos para o seu desenvolvimento e vice-versa: a adoção constitucional generalizada de determinadas normas de direitos humanos pode ser considerada como uma expressão do estabelecimento de um princípio geral de direito.

E, no âmbito do catálogo dos direitos humanos/fundamentais, entre os direitos sociais, é sem dúvida o direito do trabalho uma das mais expressivas referências a esse patamar civilizatório mínimo buscado por uma ordem mundial na qual todos os homens possam realmente desfrutar de todos os seus direitos humanos/fundamentais. O direito do trabalho surge, como o conhecemos na contemporaneidade, em decorrência dos problemas sociais decorrentes da revolução industrial, provocando a crescente intervenção estatal, tutelar, sobre o trabalho, tendente a coibir abusos e a viabilizar a expansão concreta dos direitos fundamentais sociais. No entanto, o direito do trabalho, desde a sua gênese, está sobretudo relacionado aos movimentos operários – aos movimentos de pessoas que são “subprivilegiadas” e que se preocupam com os seus problemas –, ou seja, à percepção contemporânea de “minorias”, e por isso o direito do trabalho e os correspondentes movimentos operários, provavelmente mais do que qualquer outro direito e do que qualquer outro movimento social, desempenharam um papel bastante importante no desenvolvimento dos direitos humanos. Do ponto de vista histórico, os movimentos operários e seus movimentos associados pela transformação social foram movimentos pelos direitos do homem, tanto no sentido individual quanto no social, e a sua contribuição para estabelecer e expandir estes direitos foi de enorme importância. São movimentos compostos por pessoas que sentem falta de direitos, que precisam deles e os exigem. Com o empoderamento de movimentos operários e socialistas, juntaram-se a eles, historicamente, defensores de liberdades civis e de direitos de diferentes minorias.

Dá a enorme importância não apenas da percepção de que o direito do trabalho se insere no eloquente catálogo dos direitos humanos fundamentais, mas de que o direito do trabalho sobretudo inspira e conforma esse próprio catálogo a partir das máximas enunciadas no preâmbulo da Constituição da OIT, no sentido de que a paz, para ser universal e duradoura, deve estar assentada sobre a justiça social, de que a miséria

põe em perigo a paz e a harmonia universais e de que a não adoção por qualquer nação do catálogo dos direitos humanos/fundamentais no trabalho afeta a planificação universal desses direitos, máximas que inspiram todas as grandes declarações e convenções internacionais sobre direitos humanos: a *liberdade de não passar necessidade*, que inspira a emergência de uma legislação protetora do homem, com o estabelecimento dos sistemas modernos de regulação do trabalho e de seguridade e bem-estar social, surgiu principalmente da existência e das exigências das classes trabalhadoras, mas se espalhou consideravelmente dando ao catálogo universal dos direitos humanos/fundamentais a sua topografia contemporânea. O próprio princípio de favorabilidade (*pro homine*), segundo o qual deve o intérprete optar, sempre, pela norma mais favorável à realização desse valor supremo que é a dignidade humana, essencial ao desenvolvimento dos direitos humanos, dinamizado tanto pelo direito internacional como pelo direito constitucional, segue a máxima do princípio tutelar trabalhista, *pro operario*. É da Constituição da OIT, ainda, que emerge a máxima segundo a qual em nenhum caso a adoção de um preceito do catálogo universal dos direitos humanos por um país pode ser considerada como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que já assegurem à pessoa humana condições mais favoráveis que as previstas em um tratado ou convenção internacional.

Conhecer, portanto, os sistemas de proteção do trabalho e de seguridade social é fundamental para uma boa compreensão da própria lógica que norteia o processo de especificação e reclamo de conteúdos particulares para a forma universal dos direitos humanos e que confere um status verdadeiramente especial para os instrumentos internacionais de direitos humanos.

É exatamente nesse contexto que se destaca esta coletânea de estudos, formulados pelos alunos do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina no âm-

bito da disciplina “Direito Fundamental ao Trabalho Digno”. Concebida no marco dos Projetos de Pesquisa “Direito Fundamental ao Trabalho Digno” e “Arranjos Inovadores de Garantia do Trabalho Decente e dos Pisos Universais de Seguridade Social”, na área de concentração “Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais”, na linha de pesquisa “Direitos Fundamentais Sociais: Relações de Trabalho e Seguridade Social”, esta coletânea tem por escopo problematizar as questões relacionadas ao trabalho e à seguridade social, tratando de distintas abordagens relacionadas à concretização dos direitos sociais e à sua eficácia em termos axiológicos, filosófico-normativos e teórico-dogmáticos em torno dessas discussões, fundadas na perspectiva das dimensões materiais e eficaciais do direito fundamental ao trabalho digno, assim compreendido o trabalho exercido em condições compatíveis com a dignidade humana, e, portanto, do direito do trabalho enquanto possibilidade de produção de Justiça social.

Dá a especial significação desse conjunto de artigos, que fornece ao leitor uma considerável amostra do que vem sendo o agir e o pensar no âmbito da disciplina “Direito Fundamental ao Trabalho Digno” e dos Projetos de Pesquisa “Direito Fundamental ao Trabalho Digno” e “Arranjos Inovadores de Garantia do Trabalho Decente e dos Pisos Universais de Seguridade Social” do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Trata-se de uma obra de inequívoca utilidade e relevância para a compreensão dos mecanismos de tutela dos direitos humanos/fundamentais em geral e do direito do trabalho em particular.

DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO: O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E AS FUNÇÕES INFORMATIVA, NORMATIVA E INTERPRETATIVA DOS PRINCÍPIOS

Nilson Feliciano de Araújo

Introdução

O presente artigo tem por escopo investigar, a partir da perspectiva das dimensões materiais e eficaciais do direito fundamental ao trabalho, abordando a questão dos princípios jurídicos no Estado democrático de direito e suas funções, a abrangência, com suas funções informativa, interpretativa e integrativa, do princípio da proteção, e seus desdobramentos, no âmbito do direito do trabalho.

Partindo-se das percepções acerca dos princípios jurídicos de Norberto Bobbio, Robert Alexy e Ronald Dworkin, que evidenciam a relevância do papel dos princípios em um determinado ordenamento jurídico, pois inspiram o legislador na criação da norma, suprem as lacunas da lei e são utilizados na interpretação das regras positivadas, trazendo harmonia ao sistema jurídico, trata-se, no presente artigo, assim, de resgatar a fundamentalidade do princípio da proteção no âmbito do direito do trabalho, sobretudo quando posta em questão a sua aplicabilidade na solução dos casos concretos, verificando-se como os princípios, no Estado democrático de direito, são utilizados como ferramenta de efetivação de direitos fundamentais, notadamente em relação ao princípio da proteção, de aplicabilidade no direito do trabalho, destacando-se as funções informativa, normativa e interpretativa do princípio da proteção segundo a teoria de Américo Plá Rodrigues.

Promovendo o aprofundamento investigativo, através de pesquisa descritivo-explicativa do tipo documental-bibliográfica, o presente

artigo dedica-se, assim, com principal foco na doutrina, a partir da revisão bibliográfica pertinente, a problemas analítico-conceituais das teorias dos princípios em geral e do direito do trabalho em particular. Destacando, também, as características essenciais do direito do trabalho como ramo autônomo do direito, revela que os princípios têm ampla aplicação no direito do trabalho e estes, e em especial o princípio da proteção, devem estar presentes no sistema jurídico trabalhista não só em suas funções informativa e interpretativa, mas principalmente, em sua função normativa no momento da resolução do fato concreto a fim de assegurar-se a eficácia plena de implementação de direitos fundamentais sociais.

1 Os princípios jurídicos no Estado democrático de direito e suas funções

Os princípios são proposições básicas que orientam o legislador na criação da lei (função informativa), agem como norma quando não há regulamentação específica (função normativa) e ainda auxiliam o operador do direito na correta interpretação da norma (função interpretativa), de tal sorte que são de extrema importância na organização do ordenamento do Estado democrático de direito e na efetivação de direitos fundamentais.

O estudo, compreensão e aplicação correta dos princípios jurídicos é um tema que há tempos instiga os filósofos teóricos do direito, pois as teorias dos princípios são de extrema relevância tanto quando se trata de lançar luzes sobre o fundamento ético e moral do direito moderno, quanto quando se trata de sua utilização concreta pelos tribunais na aplicação dos direitos do ponto de vista técnico do operador jurídico na análise do fato concreto e na aplicação de uma regra jurídica à solução do conflito (GUALUPPO, 1999).

Os Estados democráticos de direito sempre deverão estar pautados na observância dos direitos fundamentais, de modo a assegurar a

efetividade desses direitos, ditos fundamentais, a todos os cidadãos, proporcionando a devida segurança jurídica. Os princípios jurídicos exercem um papel de extrema relevância em qualquer Estado minimamente civilizado, na medida em que estabelecem preceitos básicos do ordenamento jurídico como pressuposto e concomitante mecanismo de efetivação de direitos mínimos – fundamentais –, pautados na dignidade humana e, assim, devidos a qualquer ser humano.

A evolução social, as novas tecnologias e a globalização romperam as barreiras físicas das fronteiras, de forma que hoje os Estados, com as comunidades políticas, jurídicas e sociais que o conformam, não estão mais fechados ao mundo externo, seja pela facilidade de interação entre os povos, seja pela necessidade que um Estado tem de estabelecer relações comerciais como forma de prover as necessidades econômicas e culturais de seus cidadãos. Nessas relações reguladas por organismos internacionais, destacam-se alguns princípios jurídicos que deverão ser seguidos pelos Estados como referentes de sua legitimidade em termos políticos e jurídicos, inclusive para que possam fazer parte de certo bloco político ou econômico.

Assim, algumas vezes muito mais por pressão externa ou conveniência política ou econômica do que por outros motivos, os Estados menos democráticos vão paulatinamente inserindo em sua cultura e em seu ordenamento jurídico a observância a alguns princípios fundamentais de direito. Com o passar do tempo, o povo tende a exigir do Estado a efetivação desses direitos e a partir da pressão social incorporam-se definitivamente determinados direitos no âmbito dos Estados. Essa é uma das inúmeras contribuições que o princípio propicia na difusão e na implementação de direitos fundamentais.

Após inseridos no ordenamento jurídico de um Estado, os princípios estabelecem balizamentos sobre os quais o jurista deve exercer sua

criatividade e razoabilidade, ponderando os termos, de forma a poder aplicar com equidade a justiça ao caso concreto (BARROSO, 1998).

1.1 Os princípios segundo Norberto Bobbio

Norberto Bobbio, em sua obra clássica “A Era dos Direitos”, trouxe profunda contribuição ao estudo filosófico dos direitos fundamentais do homem, fomentando os debates doutrinários sobre a origem, os fundamentos dos direitos humanos e a forma com que se dá a efetivação desses direitos.

Os direitos humanos são desejáveis e merecem ser perseguidos, sobretudo enquanto não houver o reconhecimento pleno de todos esses direitos. Contudo, o reconhecimento só virá quando se encontrar o fundamento que os justificar. É nesse sentido que o estudo e o aprofundamento do debate sobre o tema poderá proporcionar uma melhor justificação para a aplicação e efetivação dos direitos fundamentais (BOBBIO, 2004).

Embora os direitos humanos não necessitem obrigatoriamente de norma positivada, vê-se que, quando há preceito legal regulamentando, a efetivação dos direitos ocorre mais rapidamente, não demandando maiores discussões em relação à implementação dessas garantias mínimas, que são inerentes a qualquer ser humano, embora sejam, ainda, de difícil reconhecimento em alguns Estados, mesmo os democráticos, em virtude de fatores sociais, políticos, culturais e econômicos.

Segundo Bobbio (2004), os direitos do homem podem ser tratados sob várias perspectivas, dentre as quais destacam-se a filosófica, a histórica, a ética, a jurídica e a política. Em sua abordagem, Norberto Bobbio trata desses direitos sob a perspectiva da filosofia da história, analisando os fatos históricos e a sua influência na evolução dos direitos humanos.

Ao longo da história, muitos fatos se tornaram importantes e decisivos para o progresso da humanidade, trazendo significativa contribui-

ção à evolução dos povos, consubstanciando, inclusive, datas comemorativas, sendo até hoje são reverenciados por todos os que se incursionam na pesquisa dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Um marco histórico decisivo e importante na evolução dos direitos fundamentais foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional francesa em agosto de 1789, marcando o fim de uma era e o início de outra. Em seguida, intensos debates se promoveram, surgindo nesse momento histórico uma consciência política em torno da necessidade de preservação dos direitos humanos, tendo o tema assumido novas proporções a partir dessas incipientes discussões, suscitando um olhar mais atento de alguns filósofos e crítico de outros (BOBBIO, 2004).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1948, é, para Bobbio, um marco histórico em relação aos direitos fundamentais, já que o fundamento dos direitos humanos está enunciado nessa carta, que representa certo consenso acerca dos direitos mínimos inerentes aos seres humanos, para que possam viver com um núcleo mínimo de direitos fundamentais e, assim, possam, todos, dispor da dignidade em sua plenitude (BOBBIO, 2004).

Para Bobbio (2004, p. 203), embora esses fatos históricos tenham trazido significativos avanços ao conceito e à efetivação dos direitos humanos, os direitos do homem estão atrelados a - e dependentes de - dois problemas principais: a paz e a democracia. Não subsiste nenhum direito em qualquer Estado sem que essas duas situações estejam plenamente resolvidas e em harmonia. Prossegue, assim, Bobbio, ressaltando que:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mí-

nimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos, entre grupos e entre grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticas que são os Estados, apesar de serem democráticas com seus próprios cidadãos. (BOBBIO, 2004, p. 203).

Para Bobbio, os princípios gerais são apenas normas fundamentais, ou generalíssimas do sistema, ou seja, normas gerais que atuam indistintamente acima e entre as normas comuns, regulamentando direitos, posição essa que é divergida por outros filósofos, que defendem uma área mais ampla de atuação dos princípios, não só como normas, mas, principalmente, como base de sustentação de todo o ordenamento jurídico de um Estado democrático de direito.

Em sua obra “Teoria da Norma Jurídica”, Bobbio considera o direito como um conjunto de normas ou regras de conduta que regulam nossa vida desde o momento em que nascemos até a morte. São inúmeras regras – e muitas das quais sequer têm percebida a sua existência, dada a automaticidade e cotidianidade do nosso comportamento –, que regulam desde as coisas mais triviais até as situações mais complexas da vida em sociedade. Essas regras têm por objetivo influenciar e controlar os comportamentos de indivíduos e grupos, direcionando-os para certos objetivos, de acordo com a conveniência daqueles que produziram o regramento (BOBBIO, 2001).

Bobbio adere à corrente de filósofos positivistas na medida em que dá ênfase à norma que esteja inserida no ordenamento jurídico de um Estado, com diretrizes específicas e até comandos expressos, certamente preocupado com a efetivação e a concretização dos comandos normativos e a sua real eficácia na regulação de direitos. Nessa linha, Bobbio dá uma praticidade maior aos princípios gerais de direito, tendo-os não somente como um fundamento norteador de um sistema jurídico, mas, principalmente, como verdadeira norma, atuando diretamente na regulação de relações jurídicas concretas.

A par dessas bem fundadas razões e da preocupação com a efetividade das normas e dos princípios, não se pode relevar a um segundo plano a extrema importância que os princípios têm também em suas funções informativa e interpretativa, já que essas características é que tornam os princípios fonte de criação e de interpretação de normas, consubstanciando importante ferramenta de regulação das relações sociais em um Estado democrático de direito.

Os princípios jurídicos em sua função informativa são a base que sustenta a essência de um Estado democrático de direito, e quando fixados proporcionam a criação de normas que assegurarão a ideia e/ou o valor neles estabelecidos, sendo uma diretriz obrigatória ao legislador no momento da criação de novas leis, servindo como fonte inspiradora na construção da norma jurídica positivada.

Quanto à função interpretativa que é atinente aos princípios, também é significativa sua relevância para proporcionar os ajustes necessários no momento da aplicação da norma ao caso concreto, traduzindo-se o princípio, assim, também em instrumento de equidade e razoabilidade na distribuição da justiça, de modo a possibilitar ao julgador o exercício pleno da ponderação e da adequação de certa regra a um fato específico, dando assim mais possibilidade à efetivação da justiça e de direitos, já que mesmo em um Estado democrático de direito nem sempre há leis que assegurem o exercício pleno de direitos, possibilitando-se assim a utilização dos princípios para dar os contornos necessários à regra, de forma que esta cumpra a sua função social de garantir aos membros de um Estado o pleno acesso aos direitos assegurados, mesmo através dos princípios.

1.2 Os princípios segundo Robert Alexy

Robert Alexy é um dos filósofos mais influentes da era moderna. Sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” tem suscitado acirrados de-

bates entre os que estudam os direitos humanos, sendo um autor utilizado como parâmetro em diversas pesquisas que envolvem a análise de aplicabilidade de direitos fundamentais e a colisão de princípios fundamentais.

Alexy desenvolve sua pesquisa teórica a partir da análise dos direitos fundamentais na Constituição alemã e segundo as decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, buscando, através de um raciocínio lógico, através de uma fórmula que atribui pesos a princípios, analisar o confronto entre princípios e sugerir que os tribunais, sempre que analisarem essa potencial colisão, o façam com critérios mais objetivos de forma a evitar decisões discrepantes em relação a casos semelhantes, o que gera insegurança jurídica e descrédito nos tribunais na sua missão de pacificação social.

Robert Alexy faz a distinção de três dimensões da ciência ou dogmática jurídica, a saber: analítica, empírica e normativa. Na dimensão analítica, Alexy analisa os conceitos primários de norma e direitos subjetivos, construções jurídicas e exame da estrutura do sistema jurídico, finalizando com a análise e sopesamento dos direitos fundamentais. Na dimensão empírica, observa o conhecimento das leis e sua análise nos tribunais, bem como a efetividade do direito quando for condição para sua validade. Por fim a dimensão normativa se funda na verificação da decisão correta no caso concreto, utilizando-se a norma positivada (ALEXY, 2008).

Prosegue Alexy apontando a diferença entre regra e princípio, destacando que ambos são normas na medida em que dão comandos do que deve ser feito. A distinção entre eles se dá através do critério da generalidade, pelo qual os princípios são normas com um grau de generalidade alto, e as regras com um grau de generalidade relativamente baixo, ou seja, mais específicas que os princípios (ALEXY, 2008).

Vale dizer, então, que os princípios são mais genéricos e abrangentes e atuam de forma mais indeterminada, expressando comandos com maior grau de subjetividade, sendo tidos como mandados de otimização contendo comandos mais amplos, podendo ser cumpridos de várias

formas, dentro de possibilidades jurídicas e reais existentes e na medida do possível. Já as regras têm conteúdo mais específico e objetivo, direcionado à regulação de situações pontuais, esmiuçando minudentemente os comandos de forma a regular o fato social com maior grau de proximidade, gerando maior obrigatoriedade no seu cumprimento, inclusive estabelecendo sanções específicas em caso de descumprimento (ALEXY, 2008).

Nos casos de colisão entre princípios e conflitos entre regras é possível verificar com mais clareza a diferença entre princípios e regra. Quando duas regras se conflitam, uma delas deixa de prevalecer ou é tornada inválida, pois são comandos específicos e se aplicam direta e objetivamente ao caso concreto, não havendo possibilidade de flexibilidade de uma regra em detrimento de outra. Já na colisão de princípios, tal situação não ocorre porque, diferentemente da regra, um princípio, por conter preceitos genéricos, jamais será totalmente invalidado por outro. O que ocorre é a momentânea prevalência de um sobre o outro em determinadas circunstâncias, podendo, em outras, a situação até se inverter integralmente (ALEXY, 2008).

Ressalte-se que é justamente essa colisão de princípios o ponto central da teoria de Robert Alexy, quando busca afastar a subjetividade na análise de fatos em que haja colisão de princípios. Para isso, utiliza-se da fórmula do peso para avaliar quando, no caso concreto, um princípio deve prevalecer sobre o outro. Aos princípios aplicam-se pesos tendo-se em consideração o fato concreto. A partir desse sistema de pesos é aplicada a fórmula do peso para se calcular qual princípio prevalecerá sobre o outro naquele fato específico, de forma concreta.

Alexy traz em sua obra vários casos julgados pelo Tribunal Federal alemão, explicando a sua teoria aplicada aos casos concretos, sopeando o valor de cada princípio e justificando a prevalência de um sobre o outro em determinado caso concreto. Argumenta que sua teoria recebe severas críticas, por propor fórmulas matemáticas para resolver conflitos

jurídicos relevantes provenientes da colisão de princípios. Discorda, contudo, destacando que não se trata de operações matemáticas, mas sim de raciocínio lógico e objetivo na valoração de princípios através de pesos e, a partir daí, da aplicação da referida fórmula para se verificar o valor numérico de cada um dos princípios, e para que, conseqüentemente, se identifique que princípio prevalecerá sobre outro naquele caso em análise.

A par da justificativa de Alexy, para retirar a subjetividade das decisões dos tribunais quando analisam colisões de princípios, verifica-se que sua teoria também tem relativa subjetividade no momento de se fixar o valor dos pesos dos princípios em conflito, já que não há critérios objetivos nesse momento, sendo os pesos fixados em razão da compreensão pessoal de cada um, não havendo um balizamento confiável e objetivo neste momento.

Destaque-se que, após a aplicação dos pesos, a fórmula irá possibilitar o cálculo e apontará o resultado final, que poderá estar comprometido caso os pesos não tenham sido apontados corretamente, não restando afastada, assim, integralmente a subjetividade pretendida; a par disso, a teoria de Alexy demonstra-se muito importante no sopesamento da colisão de princípios em conflito, como tem sido reconhecido pela doutrina atualmente.

1.3 Os princípios segundo Ronald Dworkin

Dworkin conceitua princípio como um padrão mínimo a ser observado por ser – o princípio – uma exigência de justiça, equidade e moralidade, inobstante podendo também assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável (DWORKIN, 2002).

Assim, destaca que a diferença entre princípio e regra jurídica é de natureza lógica, porquanto as regras são aplicadas de forma binária, tudo ou nada, ou seja, quando uma regra vige, outra que esteja em con-

flito com ela deixa de valer, de modo que uma anula a outra. Já os princípios são aplicados mediante ponderações acerca de valores, onde um não anula o outro, mas o sobrepõe apenas momentaneamente, de forma a prevalecer num dado momento e ser afastado em parte em outro momento. Uma regra, para não ser aplicada, precisa ser totalmente descartada, enquanto um princípio será apenas confrontado com outros princípios e aplicado ou não depois de um juízo de ponderação, não sendo, jamais, invalidado (DWORKIN, 2002).

Dworkin trata da problemática da aplicação dos princípios no direito estadunidense, que é fundado na regra e nos julgamentos dos tribunais, criticando a discricionariedade do juiz e a possibilidade de o magistrado produzir regras que serão utilizadas como parâmetros em julgamentos. Ressalta que devem existir princípios com maior e menor importância, e que esses princípios deverão nortear as decisões dos tribunais, não podendo as decisões ficarem exclusivamente subordinadas às preferências pessoais do juiz.

Por isso, defende a segurança jurídica e o estabelecimento de critérios mais objetivos para a fundamentação das decisões do juiz, destacando que os princípios se traduzem em uma importante fonte de direitos, sendo um balizamento mais objetivo e confiável que pode ser utilizado indistintamente, trazendo maior objetividade – e, assim, maior imparcialidade – nas decisões dos tribunais quando se analisa direitos que não estão expressamente regulamentados por normas jurídicas. É nesse momento que o princípio pode ser utilizado como regra em sua função normativa, preenchendo as lacunas da lei e adequando-se ao caso concreto de forma a resolver o conflito social.

Essa força normativa dos princípios fica mais evidenciada quando não há, no ordenamento jurídico, ou na jurisprudência, regramento claro e suficiente à motivação da decisão no caso concreto, devendo, nesses casos, os princípios ser utilizados com força de norma e, assim, na promo-

ção concreta da solução do conflito. Observe-se que, em sendo os princípios normas superiores à regra, e também fundamentos básicos do direito, embora contendo preceitos gerais, são sempre compostos de valores morais, éticos e sociais, que são necessários à boa distribuição da justiça.

Assim, Dworkin é enfático em destacar a importância dos princípios jurídicos, notadamente em sua função normativa, como forma de afastar-se a subjetividade dos órgãos julgadores e, também, a discricionariedade do juiz, possibilitando-se que as decisões judiciais estejam em harmonia com os preceitos básicos da sociedade em um Estado democrático de direito.

2 Uma síntese: as funções informativa, normativa e interpretativa dos princípios

Os princípios em um ordenamento jurídico são as bases pelas quais será construído todo o direito positivado. Neles estão expressos os preceitos fundamentais de um Estado, seja em sua constituição formal, seja também em relação aos preceitos morais, culturais e de justiça que eles – os princípios – contêm e que nortearão todo o sistema jurídico de um povo, dando um sentido de unidade ao ordenamento, estabelecendo as principais características de uma Nação.

Princípios são um feixe de ideias de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e dos grupos sociais a partir de certo contexto, e que possibilitam a compreensão da realidade sob a ótica de um objetivo maior a ser compartilhado por um povo. São compostos de experiências decorrentes das práticas e vivências cotidianas e de uma visão do mundo que se busca para a vida harmônica em uma coletividade de pessoas. São, portanto, o reflexo e a informação das experiências individuais e coletivas em um determinado ambiente (DELGADO, 2007).

As funções dos princípios têm sido tema muito debatido tanto pelos principais filósofos que tratam de direitos fundamentais, como também pelos legisladores e operadores do direito, já que são apontados como o próprio ponto central para a compreensão de um sistema jurídico. Diferentemente das regras, que são mais específicas, os princípios são orientações gerais e, assim, de uma aplicabilidade bem mais ampla em um sistema jurídico, o que comprova a relevância de suas funções.

Os princípios estão presentes na primeira ideia de concepção de um Estado, já na sua origem, definindo qual é o projeto sob o qual se alicerçará a estrutura estatal e como serão as relações entre esse Estado com seu povo – o pacto social instituinte –, e também com os demais Estados que fazem parte de sua cadeia de relações. Em um segundo momento, os princípios são também muito importantes na medida em que agem como normas positivadas, cumprindo assim uma função de verdadeira norma (jurídica), regulando situações específicas e dando aos julgadores fundamentos para a efetivação da justiça em cada caso concreto. Por fim, os princípios também servem como fonte de interpretação das normas já positivadas, possibilitando a análise das regras à luz de um objetivo maior, de uma ideia maior e geral que está inserta nos princípios básicos de uma Nação.

É cediça, na doutrina, a existência das funções informativa, normativa ou subsidiária e interpretativa dos princípios, como também a importância deles na organização e funcionamento de um Estado, pois traçam um balizamento seguro que sinaliza os fins e objetivos supremos de uma Nação, a forma com que ela identifica e resolve seus problemas sociais, políticos e econômicos a partir do ordenamento.

3 O trabalho, o direito do trabalho e seus princípios

O trabalho teve início no momento em que o homem não mais optou por esperar que os recursos naturais ou atos divinos lhe proves-

sem o alimento e a subsistência. Quando o ser humano teve que buscar o alimento e sentiu necessidade de proteção contra os outros animais que habitavam a terra, viu-se na situação de construir habitação e cultivar seu alimento, dando origem ao trabalho.

No princípio, o trabalho era realizado apenas para ocasiões momentâneas e para atender necessidades básicas e essenciais de cada indivíduo, de modo que, no momento em que cessasse a origem da necessidade, o trabalho deixava de ser realizado. Mais adiante, com a evolução da humanidade e o aumento da população, foram surgindo grandes povoados e a necessidade de produção de bens e serviços, passando o trabalho, que era integralmente manual e individual, a ter auxílio de máquinas e a ser realizado em linhas de produção, situação que perdura até os dias atuais, agora com implemento da informática e robótica nas atividades produtivas.

Hoje o trabalho se materializa como um aspecto da dignidade da pessoa humana, sendo um dos predicados que distinguem o homem dos outros animais, alterando a realidade das coisas, transformando tanto a natureza externa no ambiente social em que o trabalhador está inserido, quanto interna e íntima do próprio ser humano, tratando-se de um elemento central do desenvolvimento da sociabilidade humana. O trabalho não é só uma fonte de enriquecimento material, mas sobretudo moral, na medida em que cria sonhos e perspectivas de realização pessoal aos quais não se pode dar uma mensuração econômica (SCHWARZ, 2011).

Com a evolução do trabalho surge também o direito do trabalho como forma de regulamentar esta tempestuosa relação entre o capital e o trabalho. Fonte de intensos conflitos e confrontos, o direito do trabalho foi se implementando nos ordenamentos jurídicos dos Estados em razão dessas tensões sociais entre as classes de empregados e empregadores, onde o Estado se obrigava a intervir para reestabelecer a paz social e, assim, propunha normas para a regulação das relações trabalhistas, em um

primeiro momento através de leis e, mais adiante, alcançando tal regulação um status constitucional, de direito fundamental.

Delgado afirma que o direito do trabalho surgiu da combinação de três grupos específicos de fatores: econômicos, sociais e políticos. Os fatores econômicos decorrem do incremento do processo produtivo através da indústria, que fomentou o trabalho subordinado e movimentou a classe de trabalhadores e empregadores na produção de bens e serviços, gerando riqueza aos Estados. Os fatores sociais foram a concentração do proletariado em grandes cidades industriais, e a identificação profissional dos trabalhadores em torno da empresa. Por fim, os fatores políticos decorrem da intervenção da sociedade e do Estado, no sentido de normatizar as relações de trabalho e assegurar direitos – e segurança jurídica, portanto – aos empregados e empregadores (DELGADO, 2007).

Sendo um ramo autônomo do direito, o direito do trabalho tem regras, institutos, princípios e fontes próprios, que o identificam e o diferenciam dos demais ramos do direito.

As fontes do direito do trabalho são materiais e formais, sendo as primeiras consubstanciadas pelo fato social decorrente das lutas entre as classes de trabalhadores e empregadores, decorrendo as segundas – as formais – das fontes materiais na medida em que são as normas positivas que surgiram justamente em razão desses confrontos e da necessidade de intervenção do Estado na regulação destas relações.

Quanto aos tipos de princípios do direito do trabalho, podem ser identificados os gerais, aplicáveis também ao direito do trabalho, e os princípios específicos do direito do trabalho, que o caracterizam e o distinguem. Os gerais são aqueles que são aplicáveis aos demais ramos do direito, mas também podem ser usados no direito do trabalho. Já os específicos são os próprios do direito do trabalho e já forjados segundo as características inerentes às próprias relações empregatícias.

Segundo Schwarz (2011), os princípios são aplicados de forma subsidiária e são meios que auxiliam na interpretação e aplicação da lei, preenchendo suas lacunas, determinando o real sentido e alcance da norma, sendo essa a sua função integradora e interpretativa. Além dessas funções, outra não menos importante é a função informadora que já é reconhecida pela doutrina e jurisprudência, a qual serve de inspiração ao legislador na criação da norma, de forma que ela esteja em total harmonia com os princípios de um determinado ramo do direito.

Tanto na doutrina quanto na jurisprudência, não há um consenso acerca do rol de princípios gerais de direito que são aplicáveis ao direito do trabalho. Da mesma forma, não há efetivo consenso, exaustivo, quanto aos princípios específicos do direito do trabalho. Contudo, alguns princípios gerais do direito e outros específicos do direito do trabalho já se consolidaram entre os autores trabalhistas e também são recepcionados pela jurisprudência nas decisões dos tribunais.

Na enumeração dos princípios gerais de direito aplicáveis ao direito do trabalho, podem ser, assim, identificados: o princípio da dignidade da pessoa humana, constante do art. 1º, inc. III, da Constituição; o princípio da não discriminação (arts. 2º, IV, e 5º, *caput* e inc. I, da Constituição); o princípio da razoabilidade e boa-fé; e o princípio da irreversibilidade das conquistas e garantias sociais (SCHWARZ, 2011).

Quanto aos princípios específicos ou peculiares ao direito do trabalho, há certo consenso acerca do princípio da proteção, o qual, para alguns doutrinadores, é o único princípio inerente ao direito do trabalho, dele derivando outras especificidades que são chamadas de peculiaridades do direito do trabalho. Entretanto, outros princípios também são mencionados na doutrina e jurisprudência, como os princípios da irrenunciabilidade, o princípio da continuidade, o princípio da primazia da realidade, o princípio da razoabilidade, o princípio da boa-fé, o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, o princípio da manutenção da condição mais fa-

vorável ao trabalhador, o princípio da imperatividade das normas trabalhistas, o princípio da indisponibilidade de direitos.

Considerando que alguns princípios se assemelham ou são derivações de outros, propomos a abordagem, dentre os que enumeramos, de alguns princípios, reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência, mais relevantes na categorização e distinção do direito do trabalho, que consubstanciam o próprio núcleo fundamental do direito do trabalho, e são imprescindíveis para o conhecimento do sistema trabalhista.

3.1 Princípio da proteção

O princípio da proteção é o principal de todos os princípios peculiares ao direito do trabalho e nele estão, de certa forma, inseridos todos os demais, já que são derivados desse preceito maior, que é a proteção que o direito do trabalho dispensa ao trabalhador, tido como a parte mais vulnerável da relação de trabalho.

O princípio da proteção fundamenta-se nessa posição desfavorável em que o trabalhador se põe perante o empregador, já que, quando há escassez de emprego no mercado de trabalho, a tendência é que haja por parte do empregado abdicação de direitos em troca de empregabilidade. Em sentido contrário, o poder econômico representado pelo empregador, quando há sobra de mão de obra, também irá se utilizar deste descompasso na lei de oferta e procura para impor ao empregado a renúncia a direitos em troca do emprego. Dessa forma, e diante deste quadro estrutural desfavorável na relação capital/trabalho, emerge a necessidade de intervenção estatal na ordem econômica e social e no mercado de trabalho para impor freios aos ímpetus que levem à exploração do trabalho (SCHWARZ, 2011).

3.2 Princípio da irrenunciabilidade de direitos

O princípio da irrenunciabilidade trata da imperatividade das normas trabalhistas, que impede que o empregado renuncie a direitos, retirando do obreiro a prerrogativa de dispor do seu direito incondicionalmente. Esse princípio também está inserido na redação do art. 9º da Consolidação da Leis do Trabalho – CLT, cuja redação é a seguinte: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

Rodrigues (2000), ao tratar desse princípio, ressalta que a irrenunciabilidade é “a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio”.

3.3 Princípio da continuidade

O princípio da continuidade consiste na presunção que milita em favor do trabalhador, de que é do seu interesse manter íntegro o contrato individual de trabalho, porquanto é do fruto desse contrato que provém o seu sustento e subsistência.

Esse princípio também decorre de uma característica especial do contrato de trabalho, que é de trato sucessivo, onde, a cada período, se implementam condições e são cumpridas obrigações, fechando-se um ciclo de obrigações recíprocas (o empregado trabalha no mês, cumprindo sua principal obrigação contratual, e, ao final, o empregador, em contrapartida, paga o salário pactuado).

Assim, por esse princípio, é do empregador o ônus da prova em comprovar o término do contrato individual de trabalho quando há comprovação de prestação de serviço pelo empregado.

3.4 Princípio da primazia da realidade

O princípio da primazia da realidade, ou do contrato realidade, significa que, em havendo discordância entre o que efetivamente ocorre na prática e o que provém dos documentos, deve-se dar preferência ao que realmente ocorreu no campo dos fatos, desprezando-se as formalidades (RODRIGUES, 2000).

A aplicabilidade desse princípio se dá na medida em que gera presunção relativa, em favor do empregado, da existência do próprio contrato de trabalho, como contrato-realidade, quando comprovada a prestação pessoal de serviço, cabendo ao empregador, quando alegar a inexistência do fato presumido, a prova em sentido contrário. Assim, havendo dúvida sobre a natureza da relação jurídica entre o prestador e tomador de serviço, tem-se a presunção de que é relação de emprego, cabendo ao tomador do serviço a prova de desconstituição dessa suposta relação empregatícia (SCHWARZ, 2011).

3.5 Princípio da razoabilidade e da boa-fé

O princípio da razoabilidade se funda na afirmação essencial de que o ser humano deve proceder conforme orienta a sua razão e ter uma conduta baseada na equidade e no bom senso.

É aplicável na área comportamental do ser humano, naquelas situações em que a norma não pode prescrever critérios muito rígidos, tampouco prever as circunstâncias possíveis, deixando uma ampla margem de discricionariedade, situação que gera um terreno fértil para possível desvio de finalidade de aplicação da norma jurídica, sendo o princípio da razoabilidade uma ponderação que se faz em relação à aplicação do que se entende como justo (RODRIGUES, 2000).

Já a boa-fé não é um princípio ou requisito especial do contrato de trabalho, mas algo imprescindível a todos os ramos do direito, notadamente nas relações contratuais, em que há o acordo de vontades, sendo requisito para a validade do negócio jurídico que as partes se conduzam sempre com lealdade e boa-fé.

3.6 Princípio da norma mais favorável ao trabalhador

Inobstante ser tratada por Rodrigues (2000) como um subprincípio, ou seja, um desdobramento do princípio da proteção, o princípio da norma mais favorável ao trabalhador tem sido considerado pela doutrina e pela jurisprudência trabalhista como um dos mais relevantes princípios, que distingue o direito do trabalho dos demais ramos do direito, na medida em que afasta a hierarquia formal das normas para, na vigência simultânea de duas regras aplicáveis ao mesmo fato, no âmbito da relação de emprego, aplicar-se a que seja mais favorável ao empregado.

Na aplicação do princípio, deve-se verificar o conteúdo de cada norma, a coletividade de trabalhadores abrangidos e que o confronto das normas ocorra de forma concreta, ou seja, indagando-se se a norma inferior é, na situação fática, mais ou menos favorável ao empregado (RODRIGUES, 2000).

Também as teorias da acumulação e do conglobamento explicam a forma como se deve identificar, dentre duas normas, a que seja mais favorável ao trabalhador. Pela primeira, havendo dois textos normativos aplicáveis ao mesmo caso concreto, retira-se de cada um deles o que for mais benéfico ao empregado, sem, contudo, anular-se um texto em desfavor de outro. Já pela teoria do conglobamento, examina-se cada norma na sua totalidade e verifica-se qual delas é a mais benéfica no todo, aplicando-se somente uma por inteiro e afastando-se a outra completamente (SCHWARZ, 2011).

Enquanto a aplicação do princípio da norma mais favorável é inquestionável nos meios doutrinários e jurisprudenciais trabalhistas, a forma de sua aplicação é fruto de intensos debates em torno das duas teorias, tendo prevalecido adeptos da teoria do conglobamento, embora com sérias divergências.

4 O princípio da proteção e suas funções informativa, normativa e interpretativa segundo Américo Plá Rodriguez

O princípio da proteção é um dos principais fundamentos do direito do trabalho e, de forma concomitante, o seu principal princípio. É na compreensão das características e da aplicabilidade do princípio da proteção que se pode conhecer a dinâmica que envolve o estudo e a aplicação concreta do direito do trabalho.

No direito comum, há uma preocupação em assegurar-se a igualdade jurídica entre as partes contratantes, que, na maioria das vezes, estão em condições de igualdade na relação contratual, ao menos em termos jurídicos. No direito do trabalho, em razão dessa desigualdade jurídica e econômica – fática e estrutural – existente entre as partes do contrato de trabalho, há a preocupação central de se proteger o trabalhador tido como a parte vulnerável dessa relação – desigualdade jurídica –, objetivando-se com isso o reestabelecimento da verdadeira igualdade entre as partes (RODRIGUES, 2000).

A condição de desigualdade do trabalhador, que é o alicerce do princípio da proteção, decorre de vários fatores sociais, políticos e econômicos dentro de um sistema capitalista, que deixa o trabalhador em situação de fragilidade perante o empregador, notadamente quando a oferta de emprego é menor que a demanda, evidenciando-se o desequilíbrio dessa lei e possibilitando-se ao poder econômico fazer prevalecer sua vontade, nas situações em que for contratar com o trabalhador.

Essa posição desfavorável do trabalhador no contrato de trabalho se dá desde antes da formação da relação jurídica contratual entre as partes e se estende após seu término, abrangendo assim direitos e obrigações pré e pós contratuais, já que o trabalho é para o trabalhador a única fonte de subsistência, e o obreiro tende a lutar pela manutenção dessas condições mínimas de vida. Já para o empregador, a mão de obra é uma mercadoria que faz parte de um processo complexo de produção, onde a mão de obra é somente um dos fatores de produção e que pode ser facilmente substituído por novas tecnologias de produção, o que, em certos momentos, torna a mão de obra descartável. Por isso essa grande preocupação em se efetivar certa proteção ao obreiro, de modo que se possa frear o ímpeto do empreendedor em relação ao trabalhador (SCHWARZ, 2011).

Diante da diferença entre as partes na relação contratual trabalhista, justifica-se a existência de mecanismos que possam reestabelecer um equilíbrio para possibilitar que os interesses da parte mais forte não prevaleçam sobre a mais fraca, de modo a afastar-se a coação e o vício de consentimento que desvirtuam as relações contratuais. Importante esclarecer que não é só no direito do trabalho que há mecanismos que protegem uma parte em detrimento da outra. No direito do consumidor, usado exemplificativamente, também há uma proteção ao consumidor diante do fornecedor, comerciante ou fabricante, sendo estabelecidos princípios e regras jurídicas para evitar que o poder econômico prevaleça sobre os direitos individuais dos consumidores.

Assim, inobstante alguns questionamentos e posições contrárias de alguns, os princípios protetivos são de aceitação no direito em geral, e utilizados como forma de se estabelecer a verdadeira igualdade entre as partes quando há a supremacia de uma sobre a outra parte em uma relação contratual privada. No direito do trabalho, o princípio da proteção segue essa linha, sendo amplamente reconhecido tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Rodrigues (2000) subdivide o princípio da proteção em três feixes distintos: *in dubio pro operário*, norma mais favorável e condição mais benéfica. Pelo princípio *in dubio pro operario*, entre os vários sentidos de uma norma, busca-se aquele mais favorável ao trabalhador. Pelo princípio da norma mais favorável, quando se está diante de mais de uma regra aplicável, deve-se optar por aquela mais favorável ao empregado, mesmo fugindo dos critérios clássicos da hierarquia das normas. Por fim, na aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador, não se pode ter reduzidas as condições mais favoráveis que se consolidaram no contrato de trabalho, estando essa regra também certa consonância com o princípio geral do não retrocesso social.

Ao par do reconhecimento da existência e da validade dos princípios gerais e dos específicos do direito do trabalho, há também intenso debate acerca da abrangência, utilização e limites quanto à aplicação desses princípios no ordenamento jurídico, inobstante sejam reconhecidos como fonte de direito e sejam admitidas suas funções informativa, normativa e interpretativa.

Os princípios são “linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos.” (RODRIGUES, 2000, p. 36).

Os princípios do direito do trabalho são mais que uma fonte de direito, uma vez que seu alcance ultrapassa a função de fonte de direito, e os situa em outro plano, pois estão presentes muito antes da criação da regra, bem como na sua elaboração, aplicação e interpretação, constituindo-se verdadeiras premissas básicas necessárias a todo ordenamento jurídico trabalhista.

A função informativa dos princípios juslaboralistas é possível de ser verificada tanto na doutrina quanto, principalmente, nas exposições de motivos das leis que regulamentam a relação de trabalho, estando, em

muitas situações, também explícitas no próprio texto legal, onde se denota a presença dessas diretrizes, conforme dispõe, por exemplo, o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 8º - 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.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os *princípios* fundamentais deste.

Art. 481 - Aos contratos por prazo determinado, que contiverem cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antes de expirado o termo ajustado, aplicam-se, caso seja exercido tal direito por qualquer das partes, os *princípios* que regem a rescisão dos contratos por prazo indeterminado. (grifo nosso).

A função normativa e interpretativa dos princípios também é verificada nas decisões dos tribunais, que, ao apreciarem o caso concreto e diante das lacunas da lei, utilizam-se dos princípios do direito do trabalho tanto como fonte subsidiária da lei, quanto também para interpretá-la e dar os contornos adequados da subsunção (ao fato), utilizando-se da ponderação e da equidade.

É o que se verifica na análise da jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, pelas súmulas e orientações jurisprudenciais, onde os princípios estão presentes em muitas decisões, sendo utilizados como fonte tanto nas omissões quanto na interpretação das leis, como se verifica, por exemplo, a partir da Súmula nº 212, que menciona o princípio da continuidade da relação de emprego; da Súmula nº 248, que nega a invocação do direito adquirido ao adicional de insalubridade, mencionando também a questão da inexistência de ofensa ao princípio da ir-

reduzibilidade salarial; da Súmula nº 372, que faz menção ao princípio da estabilidade financeira; da Súmula nº 408, que faz referência expressa ao princípio “iura novit curia” (ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece); da Súmula nº 421, que se reporta aos princípios da fungibilidade e da celeridade processual; e da Súmula nº 451, que trata do princípio da isonomia.

É inegável que, no sistema justralhista, os princípios são de extrema importância em todos os momentos, desde a criação das normas jurídicas à sua aplicação e interpretação. Os princípios de direito do trabalho são preceitos básicos que caracterizam esse ramo do direito e servem de balizamento aos que nele incursionam, de forma que tenham o conhecimento, o sentido e a amplitude da norma trabalhista, para que possam melhor interpretá-la e aplicá-la.

Conclusões

Os direitos humanos, na atualidade, têm sido objeto de estudo e de implementação e de efetivação em todo o mundo globalizado. A efetivação desses direitos nos Estados democráticos de direito também é um dos principais objetivos dos organismos internacionais e dos próprios Estados, que buscam difundir, nas mais variadas culturas, a implementação de direitos mínimos inerentes aos seres humanos, para que as pessoas sejam respeitadas em sua dignidade.

Os princípios são essenciais em um ordenamento jurídico na medida em que estabelecem os fundamentos iniciais de um Estado, criando as condições de existência e efetividade dos direitos fundamentais, e possibilitando a difusão desses preceitos e direitos para grande parte da humanidade, que, por razões culturais, políticas ou econômicas, não tem acesso a esses direitos básicos.

Destaca-se a importante contribuição que filósofos trouxeram ao conhecimento dos direitos humanos, dentre eles Robert Alexy, Ronald Dworkin e Norberto Bobbio, além de outros, que aprofundaram a discussão sobre a importância dos princípios nos Estados democráticos de direito e também sobre a própria necessidade de implementação dos direitos humanos, seja através de norma positivada ou da eficácia normativa dos princípios.

No estudo das obras desses importantes autores e do conhecimento de suas teorias, os princípios jurídicos tiveram grande exposição, o que obrigou pesquisadores e operadores do direito a buscarem conhecer as funções dos princípios e as formas com que eles são inseridos nos sistemas jurídicos.

A aplicação dos princípios no direito do trabalho também é objeto de intensos debates nos meios doutrinários e jurisprudenciais, tendo-se em Américo Plá Rodrigues um dos principais ícones no estudo dos princípios de direito do trabalho, sendo seguido por muitos outros doutrinadores brasileiros, convertendo-se em uma fonte obrigatória de consulta nesse ramo do direito.

Por ter características próprias, o direito do trabalho também tem seus princípios específicos, e o princípio da proteção é um dos seus principais fundamentos, sendo o seu mais importante princípio. É na compreensão das características e da aplicabilidade do princípio da proteção que se pode conhecer a dinâmica que envolve o estudo e a aplicação concreta do direito do trabalho.

As funções informativa, interpretativa e integrativa dos princípios têm sido amplamente utilizadas no direito do trabalho, fazendo parte do sistema jurídico em todo o processo, desde a criação das leis, à sua aplicação e interpretação, o que trouxe significativos avanços na efetivação de direitos sociais no Brasil.

Referências

- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1998.
- BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UNB, 1996
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDE, R. S. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007
- DWORKIN, R. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESPÍNDOLA, R. S. *Conceitos de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GUALUPPO, M. C. Os princípios jurídicos no Estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 143, jul./set. 1999.
- RODRIGUES, A. P. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- SCHWARZ, R. G. *Curso de iniciação ao direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO: A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA EXECUÇÃO TRABALHISTA NA PERSPECTIVA DA COLISÃO DE PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

Marcia Coser Petri

Introdução

O presente estudo inicia com noções introdutórias acerca dos princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito, trazendo conceitos de norma jurídica, princípios e regras, posto que para que seja possível viver harmonicamente em sociedade, já que o homem é, concomitantemente, indivíduo e ente social, há que existir normas disciplinadoras, de forma a definir os direitos e deveres de cada um. Em sequência, discorrer-se-á acerca do papel e importância dos princípios.

Analisar-se-á que no campo de atuação das regras e princípios no que tange a conflitos na aplicação de duas regras ou dois princípios, são antagônicos, uma vez que a solução daquelas implica a perda de validade de uma delas, deixando de existir, ao contrário, em relação aos princípios, privilegia-se um deles, sem que o outro seja violado, posto que o fato de se optar por um princípio, não faz com que o outro desapareça.

Num segundo momento, analisar-se-á os princípios segundo o entendimento do renomado filósofo/constitucionalista Robert Alexy, o qual sustenta que não há diferença gradual entre as regras e os princípios, mas apenas há uma distinção qualitativa entre eles.

Abordar-se-á acerca da colisão de princípios e ponderação na perspectiva de Robert Alexy, o qual defende que quando dois princípios estão em colisão, um dos dois princípios tem que ceder ante o outro. Mas isso não significa declarar inválido o princípio desprezado, o que vai deter-

minar qual o princípio que deve ceder serão as circunstâncias. Isso quer dizer que, nos casos concretos, os princípios têm diferentes pesos e que prevalece o princípio com maior peso.

Tratar-se-á sobre o trabalho, o direito do trabalho, a execução trabalhista e seus princípios. E por último, mas não menos importante, analisar-se-á o objeto principal desta pesquisa, ou seja, a aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho, e a aparente colisão entre os princípios da autonomia e incomunicabilidade patrimonial (princípio da propriedade privada) entre os bens do sócio e os da pessoa jurídica, com os princípios protetivos ao trabalhador, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana, proteção, primazia da realidade, celeridade e efetividade processual, o que será demonstrado, inclusive com a aplicação da fórmula do peso criada pelo professor Alexy. O estudo faz uso do método indutivo associado à pesquisa bibliográfica, com ênfase na doutrina e jurisprudência, utiliza-se da técnica dissertativa e observa as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

1 Os princípios jurídicos no estado democrático de direito

Para maior compreensão acerca do tema a ser pesquisado, faz-se necessário inicialmente conceituar norma jurídica, princípios e regras.

1.1 Norma jurídica

Para que seja possível viver harmonicamente em sociedade, já que o homem é, concomitantemente, indivíduo e ente social, há que existir normas disciplinadoras, de forma a definir os direitos e deveres de cada um.

Norma é uma regra de conduta social, que tem por finalidade regular as atividades dos sujeitos em suas relações sociais.

A norma jurídica imputa certa ação ou comportamento a alguém, que é seu destinatário. Pertencendo ao mundo da ética, daquilo que “deve ser” [...]. A norma jurídica, ao se dirigir ao destinatário, proíbe e obriga, [...]. O modal de permissão não gera um comando que deve ser obedecido (é proibido! É obrigatório!). Ela dá uma prerrogativa ou uma faculdade ao destinatário. (NUNES, 2003, p. 179, grifo do autor).

Assim, já que o presente artigo tratará acerca da desconsideração da personalidade jurídica da empresa na execução trabalhista, citam-se os ensinamentos do doutrinador Schwarz (2011, p. 44-45), o qual menciona que a teoria da norma vem sendo objeto de crescente interesse no âmbito do Direito e do Direito do Trabalho, bem como que as normas jurídicas são mensagens que buscam orientar seus receptores a certas condutas, veja-se:

Como vetor de regulação coercitiva das condutas humanas, a norma jurídica é o ponto de referência do Direito. A teoria da norma, unidade do sistema jurídico, vem sendo, na contemporaneidade, objeto de crescente interesse no âmbito do Direito e do Direito do Trabalho, que vem se debruçando sobre o estudo da norma, da manifestação do deontico, em sua unidade monádica, no seu arcabouço lógico, mas também em sua projeção semântica e sua dimensão pragmática. O Direito é um sistema comunicacional; manifesta-se, necessariamente, em linguagem prescritiva, não simplesmente descritiva ou explicativa, inserido em uma realidade recortada em textos que cumprem as mais diversas funções. O direito não diz o *que é*, mas o *que deve ser*. As normas jurídicas são mensagens que buscam orientar os seus receptores a certas condutas, de forma a alterar a realidade, e são diversas as formas sintáticas e os conteúdos semânticos que as construções normativas exibem [...]

Não há que se olvidar que a expressão ética, hodiernamente, tem se degradado em muitos setores, porém há que se refletir qual é o verdadeiro papel das normas inseridas na sociedade, ou seja, estas têm por finalidade precípua regular as relações sociais impondo condutas positivas ou negativas através do seu preceito, de modo que seja possível conviver

harmonicamente, como bem expõe Galuppo (1999, p. 197, grifos nosso) ao citar Habermas: “quem procura fundamentar uma ação com base em normas (e em especial em princípios) procura aquilo que é “universalmente correto”. Há que se resgatar valores!

1.2 Princípios e regras

Torna-se imperioso ressaltar que, atualmente, qualquer conflito jurídico passa pelo termo princípio. A doutrina em geral, não é uníssona acerca do conceito e a função dos princípios para o direito, principalmente, acerca dos princípios constitucionais.

Para Silva (1994, p. 447, grifo nosso) a palavra princípio deriva do latim *principium* (origem, começo), e assim define princípios e princípios jurídicos:

PRINCÍPIOS. [...]

[...] *princípios*, revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica.

[...] *princípios jurídicos*, sem dúvida, significam pontos básicos, que servem de ponto de partida ou elementos vitais do próprio direito. Indicam o alicerce do Direito.

Desta forma, tem-se que os princípios seriam regras morais/conduita de modo a orientar e informar o comportamento das pessoas, e os princípios do direito, por sua vez, possuem características jurídicas, já que se encontram inseridos no ordenamento jurídico de modo a orientar o legislador.

Barros (2013, p. 139) cita o entendimento do doutrinador Willis Santiago Guerra Filho, “Regra descreve fatos que constituem os estados de coisa, enquanto os princípios referem-se diretamente a valores: Os

princípios possuem um grau mais alto de generosidade e abstração do que as regras.”

Prossegue a autora Barros (2013, p. 139, grifo nosso) na distinção entre princípios e regras:

A norma (vista como dever-ser) abrange tanto os princípios como as regras. Estes se distinguem por meio de vários critérios apontados pela doutrina, entre os quais destacamos: a) as regras prescrevem atos relativamente específicos, e os princípios atos inespecíficos; b) os princípios não podem gerar direito subjetivo, ao contrário das regras que geram esses direitos e podem ser aplicadas diretamente; c) os princípios contêm uma enunciação ampla, sendo, portanto, abstratos, enquanto as regras são concisas.

Na hipótese de conflito entre regras, a solução implica perda da validade de uma delas em favor de outra. Se, entretanto, o conflito ocorrer entre princípios privilegia-se um deles, sem que o outro seja violado. Daí afirmar o autor mencionado acima que os princípios possuem característica a relatividade, tendo em vista que eles não são aplicados de forma absoluta, sob pena de violação a outra obediência.

Vê-se que o campo de atuação das regras e princípios no que tange a conflitos na aplicação de duas regras ou dois princípios são antagônicos, uma vez que a solução daquelas implica na perda de validade de uma delas, deixando de existir, ao contrário, em relação aos princípios, privilegia-se um deles, sem que o outro seja violado, ou seja, eles coexistem entre si, o fato de se optar por um princípio, não faz com que o outro desapareça.

Galuppo (1999, p. 192-196) identifica três teorias que visam a explicar o que são princípios, quais sejam: a) A primeira, caracteriza os princípios como normas gerais ou generalíssimas de um sistema, porém o autor cita que, desde de Kelsen, essa tese dificilmente é sustentável, porquanto Kelsen defende que o sistema jurídico é um sistema dinâmico, posto que este decorre do fato que a vinculação que existe entre as normas jurídicas não se dá em razão do seu conteúdo, como na moral, mas em razão da

autorização. Impossível deduzir de conteúdos (mais gerais) outros conteúdos normativos (mais particulares). Por fim, um princípio não é uma norma que se aplica em qualquer circunstância. b) Na segunda, defendida por Alexy, os princípios não se aplicam de forma integral e plenamente em qualquer situação. Alexy entende que, como as regras, os princípios são normas jurídicas, mas diferentemente das regras, eles são normas jurídicas que dizem que algo deve ser realizado na maior medida possível. c) A terceira decorre das críticas de Jürgen Habermas, seguido por Klaus Günther, teoria Alexyana, os quais entendem que este esvazia o caráter normativo dos princípios, em razão da forma como Alexy concebe as leis de colisão e ponderação, e por afirmar ser possível, no caso, o estabelecimento de uma hierarquia entre princípios. Habermas critica ao dizer que se é possível uma aplicação gradual dos princípios, uma vez que estes não podem ser caracterizados como normas jurídicas.

Após a explanação acerca da norma, princípios e regras, discorrer-se-á sobre o papel e importância dos princípios, para posteriormente, analisar os princípios segundo o entendimento do renomado filósofo/constitucionalista Robert Alexy.

1.3 Papel e importância dos princípios

Discorrer acerca do papel dos princípios é uma tarefa árdua. Como alhures comentado, para o direito, o princípio tem várias funções, dentre as quais citam-se: a) informadora - servindo de inspiração ao legislador, inspirar as normas jurídicas; b) normativa - atua esta função como fonte supletiva, nas lacunas ou omissões da lei; e c) interpretativa - servindo de critério orientador para os intérpretes e aplicadores da lei.

Os princípios, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, são aplicados de forma subsidiária, consistindo em meios auxiliares à interpretação e à aplicação da lei quando esta for

omissa, preenchendo lacunas e determinando o seu alcance e o seu verdadeiro sentido. Dá-se, assim, aos princípios uma função integradora e interpretativa. Além disso, cada vez mais a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo que o alcance dos princípios é mais amplo, atribuindo aos mesmos uma função essencialmente informativa, senão vinculante: o legislador deve criar a norma em sintonia com os princípios que lhe são pertinentes. Por fim, no âmbito do Direito do Trabalho, os princípios são fonte de direitos, nos termos do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. (SCHWARZ, 2011, p. 28).

Seguindo a mesma esteira de pensamento, Mello (2000, p. 747-748) preleciona acerca da importância do princípio para o ordenamento jurídico, bem como que a sua violação é muito grave e a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos, veja-se:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

[...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Destaca-se que os princípios são, dentre as concepções deônticas de todo o sistema ético-jurídico, os mais importantes a serem considerados, os quais não de influir no conteúdo e alcance das normas, sua eficácia deve ser plena. Assim, resta evidente que da mesma forma que os princípios jurídicos gerais, os princípios constitucionais são o ápice

mais importante do sistema normativo, devendo ser obedecidos (NUNES, 2003, p. 170-171).

Continua o autor a discorrer acerca da importância do respeito aos princípios constitucionais, e cita a lição de Walter Burckhardt:

Aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até mesmo algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à constituição e garante um bem da vida indispensável a essência do Estado Democrático. (NUNES, 2003, p. 171).

A Constituição cumpre um papel importante no que tange aos princípios no Estado Democrático do Direito, tendo como uma de suas tarefas preservar os princípios tidos como mais importantes. Ainda, os princípios constitucionais não podem ser hierarquizados, posto que todos são importantes e valiosos. O conjunto deles revelam quem somos e quem queremos ser (GALUPPO, 1999, p. 205).

Ressalte-se que os princípios constitucionais são aqueles que resguardam os valores fundamentais da ordem jurídica e estão prescritos na Constituição Federal.

Nunes (2010, p. 54) cita Gomes Canotilho, o qual classifica os princípios, por aquilo de chama de ordem crescente de abstratividade, em:

Princípios estruturantes: representam o arcabouço político fundamental constitutivo do Estado e sobre os quais se assenta todo o ordenamento jurídico.

São, pois, princípios desse tipo o Princípio Democrático e o do Estado de Direito. [...] pela junção necessária que se faz, só se pode falar em Estado Democrático de Direito.

Princípios constitucionais gerais: são os que densificam os princípios estruturantes, classificando seu sentido como princípio constitucional. [...] surge o princípio da legalidade dos atos da administração, o da soberania popular e o da in-

dependência dos Tribunais como princípios constitucionais gerais.

E esses princípios gerais, por sua vez, concretizam-se um pouco mais mediante princípios constitucionais especiais, por exemplo, no caso do princípio geral da soberania popular, o princípio especial do sufrágio universal.

Destaca-se que o Título I da Constituição Brasileira de 1988 é dedicado aos princípios fundamentais do Estado Brasileiro, a saber: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, e o pluralismo político.

O Título II por sua vez, trata em cinco capítulos (arts. 5º. a 17), dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, a saber: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos, e direitos relacionados à participação em partidos políticos e a sua existência e organização.

Dáí surge o questionamento, o que são direitos fundamentais? Segundo Bulos (2010, p. 287), “São o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status social*.”

Extraí-se do conceito, que o homem deve viver dignamente; assim o princípio da dignidade é o elemento principal para que o homem possa, de certa forma, viver dignamente.

Sarlet (2016, p. 321) assim define direitos fundamentais, inspirado no conceito de Alexy:

Como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual e transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, passam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal.

Diferenciam-se direitos fundamentais, os quais são bens em si mesmos, considerados previstos na carta magna como tais, das garantias fundamentais, as quais são estabelecidas pelo texto constitucional como meio de proteção dos direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à liberdade etc.

2 Os princípios segundo Robert Alexy

Importante mencionar que a obra *A Teoria dos Direitos Fundamentais* de Robert Alexy, publicada em 1985, foi o trabalho apresentado para sua habilitação na Faculdade de Direito da Universidade Georg August em Gotinga.

Tendo em vista o novo caráter assumido pelos Direitos Fundamentais, em virtude da positivação nas constituições modernas como direitos de vigência imediata, Alexy se preocupou em dar a devida interpretação a esses Direitos.

Assim, a distinção entre regras e princípios constitui a base da justificação jusfundamental e é um ponto importante para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.

Na verdade, diante de um caso difícil, o juiz não estará desamparado normativamente para decidir. O juiz não poderá decidir arbitrariamente, pois deverá estar amparado pelos princípios jurídicos (que são normas).

Enfim, a teoria de Alexy contribui ao cumprimento da tarefa de dar respostas racionalmente fundamentadas às questões vinculadas aos Direitos Fundamentais. Com isso, busca a reabilitação da axiologia prática ao sistema jurídico, tornando a teoria dos princípios uma axiologia isenta de suposições insustentáveis.

Pode-se concluir que Alexy é um dos mais importantes precursores da chamada Escola Pós-Positivista.

2.1 Critérios tradicionais para a distinção entre regras e princípios

A distinção entre regras e princípios, de acordo com Alexy (1993, p. 85), é de extrema importância, pois constitui a base da fundamentação jusfundamental e é um ponto importante para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem essa distinção, continua o autor, não pode existir uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão e tampouco uma teoria suficiente acerca do papel traçado pelos direitos fundamentais no sistema jurídico.

Além do mais, essa distinção constitui um ponto de partida para responder à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.

Na verdade, a doutrina tradicional não contrapõe regras e princípios, mas norma e princípio ou norma e máxima (Esser).

Para Alexy, regras e princípios são subespécies de normas. Ambos são normas porque dizem o que deve ser (estão num plano deontológico e podem ter o fundo de ordem, permissão ou proibição). Assim, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas.

Antes de propor sua distinção, Alexy colheu os critérios mais comuns dessa distinção proposta pelas teorias tradicionais e assim resumiu:

A generalidade é o mais frequentemente utilizado. Segundo esse critério, os princípios são normas que possuem um grau de generalidade mais alto que as regras. Há ainda outros critérios que discutem a determinabilidade dos casos de aplicação (Esser); a forma da gênese; segundo este último critério, discute-se, por exemplo, a distinção entre normas criadas e normas desenvolvidas (Shuman), o caráter explícito do conteúdo valorativo (Canaris), a referência à ideia do direito (Larenz) ou a uma lei jurídica suprema (Wolff) e a importância para o ordenamento jurídico (Peczenik). (ALEXY, 1993, p. 88).

Além do mais, as regras e os princípios diferenciam-se se são fundamentos de regras ou se são as próprias regras (Esser) ou se tratam de normas de comportamento ou normas de argumentação (Gross).

Partindo dessas distinções Alexy (1993, p. 89) elabora três teses totalmente diferentes sobre a distinção entre regras e princípios. Veja-se:

- a) Tese de que essa distinção se faz em vão: segundo essa tese, a distinção entre regras e princípios é inútil porque há uma pluralidade de similitudes e diferenças, analogias e dessemelhanças que se encontram dentro da classe de normas que impossibilita a divisão em apenas duas classes. Essa primeira tese, rodeada de ceticismo, entende que nenhum daqueles critérios unilaterais, em razão da sua própria diversidade, serve para fundamentar uma tal distinção.
- b) Tese da distinção somente de grau: os seguidores dessa tese sustentam que o grau de generalidade é o critério decisivo. Para Alexy, essa é uma tese frágil.
- c) Tese da distinção não só de grau, mas também qualitativa: segundo Alexy, essa é a tese correta, que deve substituir as demais teses. Para ele, esse é um critério que pode distinguir com toda precisão regras e princípios.

2.2 Distinção proposta por Alexy: os princípios como comando de otimização

Para Alexy, o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e

que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas (ALEXY, 1993, p. 90).

Por outro lado, as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra é válida, então há de fazer exatamente o que ela exige, sem mais nem menos. Por isso, as regras contêm determinações (definitivas) no âmbito do fático e juridicamente possível (ALEXY, 1993, p. 91).

2.3 O diferente caráter *prima facie* de regras e princípios

Os princípios ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas. Portanto, não constituem mandados definitivos, mas só *prima facie*. Do fato de que um princípio valha para um caso não se infere que o que o princípio exige para esse caso valha como resultado definitivo. Os princípios apresentam razões que podem ser desprezadas por outras razões opostas. O princípio não determina como há de se resolver a relação entre uma razão e sua oposta (ALEXY, 1993, p. 103-104).

Totalmente distinto é o caso das regras. Como as regras exigem que se faça exatamente o que nelas se ordena, contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode fracassar por impossibilidade jurídica ou fática, o que pode conduzir a sua invalidez; mas se tal não é o caso, vale, então, definitivamente o que a regra disse (ALEXY, 1993, p. 103-104).

Por isso, poderia pensar-se que todos os princípios têm um mesmo caráter a primeira vista, e todas as regras um mesmo caráter definitivo. Esse modelo, que é defendido por Dworkin, é criticado por Alexy, por ser demasiado simples (ALEXY, 1993, p. 104).

É assim que Alexy constrói sua teoria, incluindo no modelo tudo-ou-nada das regras a possibilidade de introduzir uma cláusula de exceção. Quando isso sucede, a regra perde seu caráter definitivo para a decisão do caso. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer sobre a base de um princípio. E, contra o que pensa Dworkin, as cláusulas de exceção introduzíveis nas regras sobre a base de princípios nem sequer são teoricamente enumeráveis (talvez poderíamos dizer que nesse ponto, especificamente, Alexy assume a possibilidade das regras, em casos muito excepcionais). Nunca se pode estar seguro de que, em um novo caso, não haja que introduzir uma nova cláusula de exceção; lembrando que é possível que o próprio sistema possa proibir a limitação das regras mediante a introdução de cláusulas de exceção (ALEXY, 1993, p. 104-105).

Nos casos em que é possível introduzir cláusulas de exceção, a regra vai perder seu caráter definitivo. Mas o caráter preliminar que adquirem, pela perda do caráter definitivo, é totalmente distinto do caráter *prima facie* dos princípios.

O caráter primeiro dos princípios pode reforçar-se introduzindo uma carga de argumentação em favor de determinados princípios ou determinados tipos de princípios. Mas o caráter primeiro das regras, que se apoia no fato de uma disposição já tomada autoritariamente ou transmitida, é algo basicamente diferente e essencialmente mais forte. (Na verdade, subtende-se que as regras têm uma “pretensão de definitividade”, ou seja, nos casos normais, as regras são definitivas, e os princípios não têm essa pretensão) (ALEXY, 1993, p. 106, grifo nosso).

2.4 Princípios implícitos

O fato de que normas “surgidas naturalmente” podem ser contrapostas às normas “criadas” se deve ao fato de que os princípios não necessitam ser estabelecidos explicitamente, mas também podem ser de-

rivados de uma tradição de normações detalhadas e de decisões judiciais que, geralmente, são expressões de concepções difundidas de como deve ser o direito.

2.5 Três objeções ao conceito de princípio

Antecipando os seus críticos, Alexy analisa algumas objeções que podem ser elaboradas diante de sua teoria. Vejam-se tais objeções, conforme Alexy (1993, p. 106-107).

- a) A invalidade dos princípios: essa objeção diz que haveria colisões de princípios solucionáveis mediante a declaração de invalidez de um dos princípios. Ex.: princípio da discriminação racial. O princípio da discriminação racial mostra que, também em certos casos, os princípios podem apresentar a questão da validade, ainda quando esse problema surja raras vezes. No campo da validade, trata-se sempre de saber o que deve ser colocado dentro ou fora do ordenamento jurídico.

Ora, o conceito de colisão de princípios pressupõe a validade dos princípios que entram em colisão. Por ele, a referência à possibilidade de catalogar os princípios como inválidos, não afeta a teoria da colisão, senão que simplesmente revela um de seus pressupostos.

- b) Princípios absolutos: nesse caso, tratamos de princípios que são sumamente fortes, ou seja, de princípios que em nenhum caso podem ser desprezados por outros. Se houver princípios absolutos, o teorema da colisão não é aplicável.

Mas Alexy considera fácil argumentar contra a validade de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que reconhece direitos fundamentais. Os princípios podem referir-se a bens coletivos e a direitos individuais. Quando um princípio se refere a bens coletivos e é absoluto, as normas de direito fundamental não podem fixar-lhe nenhum limite jurídico. Portanto, até aonde chegue o princípio absoluto, não pode haver direitos fundamentais. Quando o princípio absoluto se refere a direitos individuais, sua falta de limitação jurídica conduz à conclusão de que, em caso de colisão, os direitos de todos os indivíduos fundamentados pelo princípio têm de ceder diante do direito de cada indivíduo fundamentado pelo princípio, o que é contraditório. Portanto, vale o enunciado segundo o qual os princípios absolutos, ou bem, não são conciliáveis com os direitos individuais ou só o são quando os direitos individuais fundamentados por eles, não correspondem a mais de um só sujeito jurídico.

No entanto, poderíamos pensar que há um princípio absoluto: o da dignidade humana. A razão dessa impressão é que a norma da dignidade da pessoa humana é tratada, em parte, como regra e, em parte, como princípio; e também pelo fato de que, para o princípio da dignidade humana, existe um amplo grupo de condições de precedência, nas quais há um alto grau de segurança acerca de que, de acordo com elas, o princípio da dignidade da pessoa precede aos princípios opostos. Assim, absoluto não é o princípio da dignidade humana, mas a regra, que, devido a sua abertura semântica, não necessita de uma limitação com respeito a nenhuma relação de preferência relevante. O princípio da dignidade da pessoa, por sua vez, pode ser realizado em diferentes graus.

- c) A amplitude do conceito de princípio: os princípios podem referir-se tanto a direitos individuais como a bens coletivos. O fato de que um princípio se refira a esse tipo de bem coletivo sig-

nifica que ordena a criação ou manutenção de situações que satisfaçam, numa medida mais alta possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas, critérios que vão mais além da validade ou satisfação de direitos individuais.

Dworkin concebe o conceito de princípio de maneira mais estreita. Segundo ele, princípios são só aqueles individuais. As normas, que se referem a direitos, são chamadas de *policies*. Sem dúvida, a diferença entre direitos individuais e bens coletivos é importante, mas não é necessário nem funcional ligar o conceito de princípios ao conceito de direitos individuais.

3 Colisão de princípios e ponderação na perspectiva de Robert Alexy

3.1 Colisões de princípios

Quando dois princípios estão em colisão, um dos dois tem que ceder ante o outro. Mas isso não significa declarar inválido o princípio desprezado nem que no princípio desprezado haja que ser introduzida uma cláusula de exceção. O que vai determinar qual o princípio que deve ceder serão as circunstâncias. Isso quer dizer que, nos casos concretos, os princípios têm diferentes pesos e prevalece o princípio com maior peso.

A colisão de princípios – considerando que só podem colidir princípios válidos – tem lugar mais além da validade, resolve-se na dimensão do peso.

a) A lei da colisão

Na ponderação entre dois princípios, de mesma categoria absoluta, deve-se observar qual dos princípios possui maior peso no caso concreto. Essa relação de tensão não pode ser solucionada no sentido de dar uma prioridade absoluta a um dos princípios garantidos pelo Estado. As-

sim, o “conflito” deve ser solucionado por meio de uma ponderação dos interesses opostos, ou seja, uma ponderação de qual dos interesses, abstratamente do mesmo nível, possui maior peso diante as circunstâncias do caso concreto.

Os dois princípios conduzem a uma contradição. Isso significa que cada um deles limita a possibilidade jurídica do cumprimento do outro. Essa situação não é solucionada declarando que um de ambos princípios é inválido e deve ser eliminado do sistema jurídico. Tampouco se soluciona introduzindo uma cláusula de exceção em um dos princípios de forma tal que em todos casos futuros esse princípio tenha que ser considerado como uma regra satisfeita ou não.

A solução da colisão consiste em, tendo em conta as circunstâncias do caso, estabelecer entre os princípios uma relação de precedência condicionada. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em, tomando em conta o caso, indicar as condições segundo as quais um princípio precede ao outro. E, segundo outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente.

Essa lei significa que não há uma relação entre dois princípios de mesma categoria que seja uma relação de precedência incondicionada abstrata, absoluta; e dizer o contrário significaria elaborar uma lista de princípios que sempre prevaleceriam sobre outros. Na verdade, não há uma hierarquia formal abstrata entre os princípios; a prevalência de um sobre o outro vai depender das circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concreto. Por isso, Alexy diz que só pode existir relação condicionada, ou concreta, relativa; e a questão decisiva seria, em tese, qual o princípio deve prevalecer e qual deve ceder.

Na verdade, não se fala em precedência de um princípio, interesse, pretensão, direito ou de algum outro objeto similar; mas se mencionam condições, segundo as quais se produz uma lesão de um direito fundamental.

A lei de ponderação pode assim ser resumida: as condições segundo as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente. Essa lei reflete o caráter dos princípios como mandados de otimização entre os quais, primeiro, não existem relações absolutas de precedência e que, segundo, se referem a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem a base para diminuir a força às objeções que resultam da proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.

b) Fases da ponderação

Há alguns passos a serem seguidos para se fazer a ponderação. É por isso que consideramos a teoria de Alexy como procedimental: (i) primeiro se investigam e identificam os princípios (valores, direitos, interesses) em conflito, e quanto mais elementos forem trazidos mais correto poderá ser o resultado final da ponderação; (ii) segundo, atribui-se o peso ou importância que lhes corresponda, conforme as circunstâncias do caso concreto; e (iii) por fim, decide-se sobre a prevalência de um deles sobre o outro (ou outros).

Saliente-se que, antes de iniciar qualquer ponderação, nenhum princípio deve ser inválido e nenhum tem precedência absoluta sobre o outro. Mas pode ser formulada uma regra de precedência geral ou básica quando se determina em quais circunstâncias especiais um princípio deve ceder ao outro; é uma cláusula *ceterisparibus* que permite estabelecer exceções.

4 O trabalho, o direito do trabalho, a execução trabalhista e seus princípios

4.1 O trabalho e o direito do trabalho

“O trabalho poupa-nos de três grandes males: tédio, vício e necessidade” (Voltaire).

Trabalho, no sentido econômico e jurídico [...] é toda ação, ou todo esforço, ou todo desenvolvimento ordenado de energias do homem, sejam psíquicas, ou sejam corporais, dirigidas com um fim econômico, isto é, para produzir uma riqueza, ou uma utilidade, suscetível de uma avaliação, ou apreciação monetária (SILVA, 1994, p. 392).

Etimologicamente, afirma-se que a palavra em comento, vem do latim *tripalium*, uma espécie de instrumento de tortura de três paus ou uma canga que pesava sobre os animais, usado para sujeitar os cavalos à ferradura (MARTINS, 2013, p. 4).

[...] as primeiras raízes estão no pensamento da antiguidade e da Idade Média- do Trabalho como um castigo dos deuses-, no Renascimento- com as ideias de valorização do Trabalho como forma da cultura-, e, mais recentemente, nos preceitos constitucionais modernos- do Trabalho como Direito, como dever, direito-dever ou, ainda, como valor fundante das sociedades políticas. (NASCIMENTO, 2009, p. 7).

Imperioso destacar que a Revolução Industrial ocorrida no final do século XVIII foi o ápice histórico para uma nova visão de trabalho, visto que passou a implantar inovações na ordem econômica e social, e na mesma esteira, a Revolução Política Francesa com os ideais de liberdade e igualdade. Porém, o capitalismo da Era Industrial explorou e escravizou a massa trabalhadora. Diante disso, ocorreu a intervenção estatal na relação de trabalho, com reconhecimento dos direitos sociais e a busca de um mínimo de vida digna aos trabalhadores (MARTINS, 2013, p. 6).

Hodiernamente, o conceito de trabalho apresenta-se em outra era. As novas tendências se concentram no aprendizado contínuo, especialização, unificação do conhecimento teórico ao pragmatismo, valorização salarial do capital humano, a Era da Informação está sendo mais do que uma mudança social, ela é uma mudança na condição humana.

Como dito alhures, o trabalho já significou algo desonroso para a sociedade, sua execução ficava a cargo de pessoas consideradas medíocres.

Destarte, evidencia-se que o Direito do Trabalho surgiu com propósito de garantir e preservar a dignidade do trabalho do ser humano ocupado nas indústrias (NASCIMENTO, 2009, p. 12).

Dadas as considerações efetuadas, conceitua-se Direito do Trabalho como:

Complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas. (DELGADO, 2014, p. 47).

Com a evolução do trabalho, também evoluíram as relações entre empregados e empregadores, tornando-se vínculos jurídicos de relativa complexidade e também fonte de grandes controvérsias, gerando a necessidade de se estabelecer regras processuais para que fossem utilizadas quando a efetivação dos direitos materiais, não se dessem de forma espontânea, nascendo assim o Direito Processual do Trabalho como um ramo autônomo do direito, já que tem regras e institutos próprios, e ainda, um órgão jurisdicional específico, tornando-se assim, uma ciência jurídica na verdadeira acepção do conceito.

No processo do trabalho, a fase de conhecimento tem por objetivo a obtenção de um título executivo judicial para o reconhecimento de um direito líquido, certo e exigível. Superada esta fase, inicia-se uma fase intermediária que é a liquidação, onde se apura valor monetário da decisão exequenda para, posteriormente, adentrar-se na fase de execução, onde se busca o adimplemento pelo devedor da obrigação proveniente da decisão judicial.

A execução no processo do trabalho é em regra, fundada em título executivo judicial, proveniente de um processo cognitivo prévio onde se consolida a exigência do crédito, e assim, parte-se para efetivação dos

direitos do autor da demanda judicial, estando as normas processuais estabelecidas na Consolidação das Leis do Trabalho e, subsidiariamente, no Código de Processo Civil, quando inexistir regra específica na referida legislação trabalhista, a teor do artigo 769, da CLT, bem como a lei 6830/80 (lei de executivos fiscais), a teor do artigo 889 celetário.

Além destas normas positivadas, a execução trabalhista é regida por princípios próprios que proporcionam um balizamento em relação a interpretação e aplicabilidade das normas, servindo também de fonte para a criação de novas regras de direito processual do trabalho. Como é comum em todos os ramos do direito, não há consenso na enumeração dos princípios aplicáveis ao processo de execução trabalhista, razão pela qual abordar-se-á neste trabalho somente alguns deles mais direcionados para o tema central desta pesquisa.

4.2 A execução trabalhista e seus princípios

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) consagrou no parágrafo único do artigo 8º, a possibilidade de se aplicar subsidiariamente ao direito do trabalho o direito comum, desde que não haja incompatibilidade de princípios, veja-se: “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

Ainda, faz expressa menção ao artigo 769, voltado à fase de conhecimento, e ao artigo 889, com aplicabilidade à fase executória, buscando assim, um processo materialmente célere, justo e efetivo:

Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título

Art. 889 - Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos

fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

Posto isso, faz-se necessário trazer à baila a polêmica dualidade existente no princípio que estatui que a execução deve ser dar da maneira menos onerosa para o devedor prevista no Código de Processo Civil, vez que se está diante da execução de créditos alimentares, conforme pode-se verificar do artigo: “Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.”

De outro lado, é sabido e consabido, que quando da existência de uma sentença condenatória, faz-se necessária a utilização de um mecanismo eficaz para efetivar essa obrigação condenatória. A execução judicial pode ser concebida como a atividade jurisdicional que tem por finalidade a satisfação efetiva de um direito de crédito, através da invasão patrimonial do executado.

Consoante explicitado anteriormente, a execução trabalhista não se submete ao princípio da menor gravosidade ao devedor previsto no art. 805 do CPC, porquanto o processo tem que ser efetivo, sob inspiração da garantia constitucional da jurisdição efetiva (CF, art. 5º, XXXV) e da garantia constitucional da duração razoável do processo do trabalho (CF, art. 5º, LXXVIII), ambas qualificadas pelo conteúdo ético que o princípio da proteção irradia para o direito material do trabalho numa sociedade onde é patente a desigualdade social, conteúdo este que será abordado com maior especificidade mais adiante.

4.2.1 Principais Princípios Aplicáveis à Execução Trabalhista

- a) Princípio da Igualdade no Tratamento das Partes: este princípio está previsto no art. 5º da Constituição Federal: “Todos são ig-

uais perante a lei [...]”, quer dizer que o juiz deverá tratar de forma igualitárias as partes no processo, entretanto, na esfera laboral existe uma desigualdade entre empregador e empregador, posto que o primeiro é a parte hipossuficiente da relação empregatícia, e necessita perceber os seus créditos trabalhistas (de natureza alimentar); e o segundo, por sua vez, é de fato economicamente mais forte.

- b) Princípio da Patrimonialidade: a execução visa ao patrimônio do devedor, conforme depreende-se dos arts. 824: “A execução por quantia certa realiza-se pela expropriação de bens do executado, ressalvadas as execuções especiais” e 789: “O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.” ambos previstos no Código de Processo Civil.
- c) Princípio da Não-Prejudicialidade do Devedor: este princípio está disposto no artigo 805 do Código de Processo Civil “Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.” Porém, ocorrendo conflito entre os princípios da utilidade ao credor e da não prejudicialidade ao devedor deverá o juiz observar o princípio da utilidade ao credor, levando-se em consideração que o empregador é a parte supostamente economicamente mais forte no processo.

Prevê o artigo 1º. da Constituição Federal, dois princípios aplicáveis ao processo de execução:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

- II - a cidadania
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

O Valor Social do Trabalho é um princípio que resulta da luta pela conquista de direitos trabalhistas ao longo dos anos, pelos trabalhadores e o reconhecimento, pela Constituição de 1988 daquele direito social fundamental.

Desta forma, a Constituição Federal, ao estabelecer que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e, ao fixar o Valor Social do Trabalho como fundamento normativo, conduz para que o trabalho seja um meio de promoção de dignidade humana.

Destarte, o trabalho além de inserir o indivíduo na sociedade, garante-lhe meios de subsistência.

Para tanto cita-se os ensinamentos de Gonçalves (2010, p. 101-102):

[...] que o trabalho não pode ser considerado mera mercadoria, sendo verdadeiro e efetivo elemento da definição da dignidade do ser humano, constituindo uma condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável, como, aliás, inserto no ordenamento jurídico pátrio (art. 3º, inciso II e III c/c art. 170, inciso IV da Constituição Federal).

[...] Significa dizer que o trabalho não constitui apenas um fator de produção e de movimentação da estrutura produtiva. Ao revés. Compreende peça chave para a manutenção e transformação dos mecanismos de criação onde vive, onde está inserido e onde trabalha. Logo, o labor reflete diretamente nas relações pessoais e econômicas, de sorte que, quanto maior a valorização do trabalhador, de sua dignidade, de sua existência e sua subsistência, maior será a estabilidade do mercado, diante de sua inserção à coletividade, quer pela sua satisfação pessoal (o trabalho dignifica o homem), quer pelo atingimento de suas necessidades vitais, mediante satisfação de suas demandas pela remuneração justa.

Nos termos do art. 170, da Constituição da República Federativa do Brasil, o Estado deve regulamentar além das questões relativas ao trabalho, questões relativas à sua melhoria e garantia, já que no Estado Democrático de Direito, a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho. Ainda, tem-se a propriedade privada como instituição constitucionalmente protegida, constando como direito fundamental.

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

[...]

II - propriedade privada; [...]

O princípio da dignidade da pessoa humana, tem por escopo garantir uma vida justa e igual a todos, ou seja, havendo valorização do trabalho, em consequência haverá valorização da dignidade humana.

Conforme mencionado alhures, o trabalho não pode ser visto como uma mera mercadoria, até porque não se exaure como num contrato de compra e venda.

Para Sarlet (2009, p. 20-21, grifo do autor):

[...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe – ou é reconhecida como tal – em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

A análise de tais princípios e a sua aplicação na execução trabalhista, irá evidenciar que a execução efetuada pelo modo menos gravoso, não

garantirá a efetividade do processo, eis que este não estaria cumprindo a sua função social, ou seja, garantir o crédito trabalhista ao empregado decorrente da relação laboral, em especial, por se tratar de alimentos, necessários a subsistência deste.

O princípio da Proteção é considerado o mais importante princípio da tutela justralhista, o qual surgiu em decorrência das grandes desigualdades na relação entre empregado e empregador, nos aspectos econômicos, sociais e jurídicos.

Segundo Rodriguez (2000, p. 85), “O legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes no contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável.”

Continua o autor a discorrer que o Princípio da Proteção, para garantir sua aplicação em maior dimensão, pressupõe que o mesmo deve ser aplicado sob três perspectivas: a *in dubio pro operário* ou *in dubio promise-ro*, a regra da norma mais favorável e da condição mais benéfica:

- a) a regra *in dubio pro operário*. Critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher, entre os vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador;
- b) a regra da norma mais favorável determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda quando não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia de normas; e
- c) a regra da condição mais benéfica. Critério pelo qual a aplicação de uma norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontram um trabalhador (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 107).

Assim, tendo em vista a distinção entre regras e princípios proposta por Robert Alexy, verificar-se-á que a forma de proteger/garantir os direitos adquiridos pelo trabalhador na relação empregatícia, em específico na Execução, é a desconsideração da personalidade jurídica do empregador.

É o que se pretende demonstrar adiante.

5 A desconsideração da personalidade jurídica da empresa na execução trabalhista na perspectiva da colisão de princípios de Robert Alexy

Não há que se olvidar que a pessoa jurídica é capaz de direitos e deveres na ordem civil, independentemente dos membros que a compõem, com os quais não possuem vínculo. Desta forma, em regra, tem-se que os seus integrantes somente responderão por débitos dentro dos limites do capital social, estando a salvo o patrimônio individual dependendo do tipo societário adotado. Nesse caso, a regra a ser observada é de que a responsabilidade dos sócios no que tange a dívidas sociais seja sempre subsidiária, primeiramente exaure-se os bens da pessoa jurídica para, posteriormente, e desde que o tipo societário permita, os bens particulares dos sócios ou componentes da pessoa jurídica (TARTUCI, 2012, p. 149).

Entretanto, em razão do princípio da autonomia patrimonial dada a pessoa jurídica, em especial, a sociedade empresarial, vê-se que alguns empresários, utilizam-se desta prerrogativa para, de forma sórdida, atingir fins ilegais, burlando a legislação e contrariando a boa-fé, com o fito de beneficiar-se em detrimento de terceiros. A prática de tais atos é ainda mais incidente nas sociedades em que se prevê uma limitação entre as obrigações da sociedade e o patrimônio dos sócios, motivos estes que ensejaram o desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

O instituto *disregard doctrine* ou *disregard of legal entity* deu-se na Inglaterra em face do famoso caso Salomon VS Salomon & Co Ltda. e foi disseminado em vários países do mundo, tendo sido introduzida no Brasil através da doutrina do professor Rubens Requião na década de 60 e tem por fim precípua levantar o véu que encobre os societários que se utilizam da pessoa jurídica para prejudicar terceiros.

No que tange à desconsideração da personalidade jurídica, tem-se que a jurisprudência e a doutrina reconhecem a existências de duas teorias, quais sejam: a teoria maior e a teoria menor. Veja-se:

Há no direito brasileiro, na verdade, duas teorias da desconsideração. De um lado, a teoria mais elaborada, de maior consistência e abstração, que condiciona o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto. Nesse caso, distinguem-se com clareza a desconsideração da personalidade jurídica e outros institutos jurídicos que também importam a afetação de patrimônio de sócio por obrigação da sociedade (p. ex., a responsabilização por ato de má gestão, a extensão da responsabilidade tributária ao administrador etc.). Ela será chamada, aqui, de *teoria maior*. De outro lado, a teoria menos elaborada, que se refere à desconsideração em toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio de sócio por obrigação social, cuja tendência é condicionar o afastamento do princípio da autonomia à simples insatisfação de crédito perante a sociedade. Trata-se da *teoria menor*, que se contenta com a demonstração pelo credor da inexistência de bens sociais e da solvência de qualquer sócio, para atribuir a este a obrigação da pessoa jurídica. (COELHO, 2012, p. 36, grifo nosso).

O juiz poderá, porém de forma episódica, no caso concreto, ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, de modo a evitar fraudes e abusos praticados através dela. Ainda, assevera que esta tese diferencia em relação à teoria do *disregard* de outras figuras jurídicas que imponham a responsabilidade pessoal do sócio, como por exemplo, a responsabilidade por ato de má-gestão nas sociedades anônimas. De outro lado, explana, que a teoria menor trata como desconsideração da personalidade, toda e qualquer hipótese de comprometimento do patrimônio do sócio por obrigação da empresa, com base no ponto de que o simples prejuízo do credor basta para afastar a autonomia patrimonial (ROSENVALD; CHAVES, 2008, p. 281).

Tem entendido a jurisprudência majoritária dos Tribunais do Trabalho que a aplicação da teoria da desconsideração – deve atender o princípio da proteção ao trabalhador – prestigiando, assim, a Teoria Menor.

Hodiernamente há, uma crescente onda de inadimplência de débitos trabalhistas em razão da má utilização da pessoa jurídica pelo empregador, mormente naquelas situações em que há fragilidade financeira, desencadeando uma gama de situações voltadas à fraude inclinadas à inadimplência de débitos trabalhistas, prejudicando terceiros, em especial, o empregado, o que tem sido veemente repellido, não só pelo ordenamento jurídico, como pelos juízes e tribunais na fase de execução processual trabalhista.

Diante do princípio da celeridade processual e da natureza alimentar do crédito trabalhista, o processo do trabalho tem um rito processual rápido, com poucas oportunidades de interposição de recursos, de modo que os trâmites da ação na fase de conhecimento e execução são incisivos no sentido da solução da lide e a rápida efetivação dos direitos transitados em julgado, com o adimplemento dos créditos que compõem o título executivo.

Neste contexto de celeridade e efetividade é que se funda o entendimento da jurisprudência majoritária dos Tribunais do Trabalho pela aplicação da Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica do devedor, em consonância com princípio da proteção ao trabalhador, de forma a reconhecer que na inadimplência da pessoa jurídica o patrimônio dos sócios e administradores respondem pelas obrigações trabalhistas contraídas, independentemente de outros requisitos que, se fossem atendidos, certamente trariam grandes dificuldades para a plena efetividade da execução de créditos trabalhistas, ou seja, um geraria um verdadeiro entrave à efetivação dos direitos fundamentais sociais do trabalhador, dada à natureza alimentar do crédito, sendo um direito básico para a subsistência do ser humano em seu núcleo duro de direitos.

Nesta mesma linha de raciocínio, Delgado (2014, p. 505, grifo nosso) ressalta a origem da desconsideração da personalidade jurídica e expõe os fundamentos deste instituto no direito do trabalho:

Naturalmente que a teoria da desconsideração da pessoa jurídica (*disregard doctrine; disregard of legal entity doctrine; Lifting the corporate veil doctrine*), quer em sua origem *Common Law* norte-americana e britânica, quer em sua absorção por outros campos jurídicos da tradição romano-germânica, inclusive o Brasil, tem conotação mais restrita do que a perfilhada pelo Direito do Trabalho, como se sabe. Na seara *justralhista* a noção de despersonalização da figura do empregador é, sem dúvida, mais ampla, de maneira a assegurar a efetividade dos direitos sociais fundamentais trabalhistas também pelo patrimônio dos sócios das entidades societárias, em caso de frustração da execução com respeito ao patrimônio da respectiva sociedade empregadora – independentemente de comprovação de fraude ou de vícios congêneres na gestão empresarial ou no uso da fórmula da pessoa jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica no direito laboral visa, não só à proteção do empregado que é considerada a parte vulnerável na relação de emprego, mas, também, à penalização dos sócios ou administradores, em razão do descumprimento contratual ao não efetuar o correto pagamento das verbas trabalhistas ao empregado, quando a pessoa jurídica não mais possui condições de proporcionar o adimplemento de suas obrigações, como se verifica na decisão do Tribunal Superior do Trabalho que segue:

EXECUÇÃO. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO EMPREGADOR. RESPONSABILIDADE DE EX-SÓCIO. 1. Justifica-se a incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica do devedor quando caracterizado o descumprimento das obrigações decorrentes do contrato de emprego e a falta de bens suficientes da empresa executada para satisfação das obrigações trabalhistas. Correta a constrição dos bens do recorrente, tendo em vista sua condição de ex-sócio do executado durante a relação de emprego do autor, bem como a inexistência de

patrimônio da empresa executada capaz de garantir a execução. 2. Agravo de instrumento não provido. (BRASIL, 2013)

Cumprе salientar, que a desconsideração da personalidade jurídica na órbita do Direito do Trabalho deve ser analisada sob a ótica do princípio da primazia da realidade dos fatos, ou seja, preferem-se os fatos sobre as formas, desconsiderando a personalidade a fim de evitar, que a empresa seja utilizada abusivamente para encobrir a real vinculação do empregado com o grupo, isto é, o princípio protetor deve estar atrelado ao combate da má utilização da pessoa jurídica (KOURY, 2002, p. 179).

Assim, em relação à aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho, ocorre a aparente colisão entre os princípios da autonomia e incomunicabilidade patrimonial (princípio da propriedade privada) entre os bens do sócio e os da pessoa jurídica, confrontando com os princípios protetivos ao trabalhador, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana e proteção, primazia da realidade, celeridade e efetividade processual.

A partir da perspectiva adotada por Robert Alexy, o Direito não é formado apenas por regras e por princípios. Desta forma, o Direito é formado por regras e princípios, que segundo Alexy são distintos e se faz necessária esta distinção para a aplicação em casos concretos:

Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. (ALEXY, 2011, p. 85).

Muito embora esse conteúdo já tenha sido exposto anteriormente, para compreensão do tema a ser abordado neste item, faz-se necessário observar que, partindo dessa premissa, Alexy sustenta que não há diferença gradual entre as regras e os princípios, mas apenas há uma distinção qualitativa entre eles, ou seja, os princípios são “[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” (ALEXY, 2011, p. 90), já as regras “[...] são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Sua regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos.” (ALEXY, 2011, p. 91).

Assim, princípios constituem mandamentos de otimização, uma norma de pretensão normativa complementar, na qual sua satisfação depende da análise do caso a ser solucionado, dependendo, portanto, das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso.

No que diz respeito à colisão entre regras, a questão poderá ser resolvida se se introduz uma cláusula de exceção ou houver a declaração de invalidação de uma delas. Uma regra assim é declarada válida sobre a outra.

Para Alexy a colisão de princípios ocorre na dimensão de peso e não de validade, como no caso de colisão de normas. Assim, “[...] não se fala em ‘colisão’, mas em uma ‘situação de tensão’ e de um ‘conflito’; e aquilo que colide e que é sopesado não é caracterizado como ‘princípio’, mas como ‘dever’, ‘direito fundamental’ [...]” (ALEXY, 2011, p. 95):

[...] a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade consiste em três princípios parciais: dos princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três princípios expressam a ideia de otimização. Direitos fundamentais como princípios são mandamentos de otimização. Como mandamentos de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado e, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, em medida tão alta quanto possível. (ALEXY, 2005, p. 338-339).

Desta forma, através do critério da proporcionalidade, criado por Alexy, um princípio acaba por ser sopesado sobre o outro, o que não determina que um seja inválido, como na colisão de regras, mas, é o critério utilizado para se atingir o fim, levando-se em conta as possibilidades e a finalidade, para que se justifique o sopesamento no caso concreto.

É nesse sentido, e retomando à análise da Desconsideração da Personalidade Jurídica, é de extrema importância que os créditos trabalhistas do trabalhador (exequente) sejam efetivamente garantidos.

Há que ser observado os princípios constitucionais do Valor Social do Trabalho e da Dignidade Humana, além do princípio da proteção, diante da má-fé do empregador (executado) em prejudicar terceiros, neste caso o empregado.

Muito embora, de outro viés se tenha o princípio da propriedade privada, *in casu*, em relação aos bens particulares pertencentes a pessoa física do empregador, que muitas vezes diante da aplicação da teoria menor, é surpreendido pela penhora imediata dos seus bens na fase de execução do processo trabalhista, de modo a garantir crédito trabalhista do exequente.

De acordo com Alexy, os princípios ordenam algo a ser realizado em sua maior concretização, o que, no caso específico da execução trabalhista, justifica a desconsideração da personalidade jurídica do empregador.

O processo de execução não pode tutelar o empregador (executado) em detrimento do trabalhador, ou seja, a previsão do princípio da execução menos gravosa, compromete a eficácia do processo. O processo é um importante instrumento para a consecução do direito material, e é por meio deste que o exequente recebe um provimento jurisdicional, ou seja, uma sentença.

O bem da vida perseguido no processo trabalhista tem caráter alimentar, eis a razão de sua autonomia, porquanto possui um procedimento próprio e princípios específicos à esfera laboral.

Os princípios da proteção, valor social do trabalho, da dignidade humana constituem normas fundamentais, devendo ter precedência sobre qualquer outro princípio. Evidentemente, não significa dizer que todos os demais princípios que regem a relação laboral devam ser declarados inválidos, mas que apenas não se aplicam à execução trabalhista.

Frise-se que “O trabalho dignifica o homem e a sua personalidade de sorte que os princípios da dignidade humana e valorização do trabalho são conceitos absolutamente correlacionados e indissociáveis [...]” (GONÇALVES, 2010, p. 103), ainda a Constituição da República de 1988, além de assentar como princípios fundamentais a Dignidade Humana e o Valor Social do Trabalho concentram que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho (GONÇALVES, 2010, p. 100).

Ademais, o fim precípua da tutela trabalhista está em proteger o hipossuficiente da relação empregatícia, ou seja, o empregado, o qual ocupa pela realidade econômica e social, uma posição de inferioridade em relação ao empregador.

Assim, não basta o trabalhador possuir condições e garantias dignas, tem que lhe ser assegurado que serão efetivados. A valorização do trabalho e a dignidade da pessoa humana, na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no processo de execução, implica reconhecer, com o amparo dos princípios constitucionais e específicos do direito do trabalho (princípios aplicáveis à execução) a responsabilidade do empregador pelo inadimplemento dos créditos trabalhistas decorrentes da relação de emprego.

Consoante restou plenamente demonstrado, os princípios trabalhistas que possuem maior prevalência na aplicação da teoria menor na desconsideração da personalidade jurídica do empregador, em conjunto com os demais princípios constitucionais mencionados neste trabalho, afastam qualquer interpretação tendente a negar a efetividade da execução. É o sopesamento desses princípios que leva à defesa da aplicação

da teoria da desconsideração no processo de execução, ao contrário, é impedir a plena garantia dos empregados quanto ao adimplemento das obrigações contratuais.

De modo a esclarecer o anteriormente exposto, aplicar-se-á a fórmula criada pelo doutrinador Alexy, conforme a seguir.

Figura 1 – Fórmula de Alexy

$$\text{Weight formula } G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

I- Grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios

G- Importância da satisfação do princípio oposto

S- Caso concreto – Se a importância da satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro.

Fonte: Alexy (2006).

Passamos a aplicá-la, sendo que: i – Dignidade do trabalhador – valor social do trabalho; j – Propriedade privada do empregador

Figura 2 – Atribuição de valores

$$G_{i,j} = \frac{4_i \cdot 4_i \cdot 4_i}{2_j \cdot 1_j \cdot 1_j} = \frac{64}{2}$$

$$\begin{aligned} l: & 2^0 = 1 \\ m: & 2^1 = 2 \\ s: & 2^2 = 4 \end{aligned}$$

I- Grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios

li- S = 2² = 4 (dignidade do trabalhador)

lj- M = 2¹ = 2 (propriedade privada do empregador)

G- Importância da satisfação do princípio oposto

Gi- S = 2² = 4 (dignidade do trabalhador)

Gj- L = 2⁰ = 1 (propriedade privada do empregador)

S- Caso concreto – Se a importância da satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro.

Si- S = 2² = 4 (dignidade do trabalhador)

Sj- L = 2⁰ = 1 (propriedade privada do empregador)

Ao final, conclui-se que a dignidade do trabalhador prevalece sobre o direito à propriedade privada do empregador.

6 Considerações Finais

Hodiernamente, qualquer conflito jurídico passa pelo termo princípio. Destaca-se que os princípios, de acordo com a pesquisa realizada, são regras morais ou conduta que orientam e informam o comportamento das pessoas. Já os princípios do direito possuem características jurídicas, posto que se encontram inseridos no ordenamento jurídico de modo a orientar o legislador e são de extrema importância.

Vê-se que o campo de atuação das regras e princípios, no que tange a conflitos na aplicação de duas regras ou dois princípios, são antagônicos, uma vez que a solução daquelas implica na perda de validade de

uma delas, deixando de existir. Ao contrário, em relação aos princípios, privilegia-se um deles, sem que o outro seja violado, ou seja, eles coexistem entre si, e o fato de se optar por um princípio, não faz com que o outro desapareça, havendo relativização dos princípios.

A Constituição cumpre um papel importante no que se refere aos princípios no Estado Democrático do Direito, tendo como uma de suas funções preservar os princípios tidos como mais importantes, os quais não podem ser hierarquizados, porquanto todos são importantes e valiosos.

Desta forma, quando houver colisão entre princípios, o que se deve buscar inicialmente é a imparcialidade na fundamentação e aplicação das normas jurídicas.

Assim, quando houver a manipulação do ente jurídico, será perfeitamente aplicável a desconsideração da personalidade jurídica do empregador, de modo a retirar a eficácia episódica da personalidade jurídica, para atingir o patrimônio da pessoa física, de modo a garantir a execução, bem como a efetividade do processo de execução. A referida teoria tem por escopo coibir os abusos dos administradores/sócios, os quais muitas vezes utilizam-se da pessoa jurídica como escudo para prejudicar terceiros, neste caso, os empregados.

Em relação à aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho, ocorre a aparente colisão entre os princípios da autonomia e incomunicabilidade patrimonial (princípio da propriedade privada) entre os bens do sócio e os da pessoa jurídica, confrontando com os princípios protetivos ao trabalhador, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana, proteção, primazia da realidade dos fatos, celeridade e efetividade processual.

Muito embora de um lado se reconheça o valor do princípio da propriedade privada no que tange ao patrimônio pessoal do empregador quando da aplicação da teoria menor na desconsideração da personalidade jurídica, de outro lado há que se assegurar um bem maior, ou seja,

os direitos creditórios do empregado, quando este busca a prestação da atividade jurisdicional, por se tratar de crédito alimentar, necessário à sua subsistência, aplicando-se, *in casu*, os princípios da dignidade da pessoa humana e proteção.

Por derradeiro, e ao encontro do exposto anteriormente, ao se aplicar a teoria criada pelo professor Robert Alexy, a dignidade do trabalhador prevalece sobre o direito à propriedade privada do empregador.

Referências

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARROS, A. M. de. *Curso de direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Ltr, 2013.

BULOS, U. L. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a EC n. 64 de 4-2-2010. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1998. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das leis do trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Senado Federal, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR: 1406402020055020027. 140640-20.2005.5.02.0027. Relator: Lelio Bentes Corrêa. Julgador: 1ª Turma. Julgamento em: 28 ago. 2013. *DEJT*, 06 set. 2013.

COELHO, F. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Tomo II.

DINIZ, M. H. *Compendio de Introdução à Ciência do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DELGADO, M. G. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

GALUPPO, M. C. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, a. 36, n. 143, jul./set. 1999. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514/r143-16.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 20 maio 2016.

GONÇALVES, L. O fim social do trabalho. *Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 5, p. 99-104, 2010.

KOURY, S. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. São Paulo: Forense, 2002.

MARTINS, S. P. *Direito do trabalho*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES, L. A. R. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES, L. A. R. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

PLÁ RODRIGUEZ, A. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

ROSENVALD, N.; CHAVES, C. *Direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Tomo I.

SARLET, I. W. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, I. W. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direito do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

SARLET, I. W. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, In: SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. (Org.). *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, D. P. e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SCHWARZ, R. G. *Curso de Iniciação ao Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TARTUCI, F. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO: O TRABALHO DA MULHER E SITUAÇÕES DE TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO

Barbara Moesch Welter

Introdução

Este trabalho de pesquisa se propõe a analisar, a partir da ótica dos direitos fundamentais, situações de tratamento discriminatório sofridas por mulheres no mercado de trabalho. No percurso deste estudo, serão apresentadas realidades que se destacam pelo seu sentido negativo, ou seja, são situações que estão na contramão da realização do trabalho digno. É importante ressaltar que os avanços sociais e jurídicos representam, sobretudo, a luta das mulheres visando combater a assimetria na distribuição dos poderes.

A importância desta problematização reside no fato de que o Estado democrático de direito é, sobretudo, um Estado constitucional em prol dos cidadãos, ou seja, em prol da concretização de seus direitos fundamentais. E mais: um Estado constitucional deve visar a persecução da “justiça social”. Dessa maneira, a concretização dos direitos fundamentais, de acordo com o projeto jurídico e político, deve considerar na *praxis* as reais implicações no direito das mulheres ao trabalho digno, realizando a ruptura da “naturalidade” de papéis e funções do homem e da mulher.

Identificar situações de discriminação da mulher no mercado de trabalho oportuniza o entendimento da necessidade urgente da efetividade do direito da mulher ao trabalho digno, estendendo-se muito além das fronteiras do aporte econômico que o trabalho possa garantir. Trata-se, porém, essencialmente, da “humanização” do trabalho, iniciada pela

reivindicação persistente de milhares de mulheres e, conseqüentemente, pelo Estado, através de Política Social e do Estado de bem-estar social.

Para a resolução do problema de pesquisa, o trabalho desenvolveu-se pelo método qualitativo, utilizando-se obras doutrinárias, textos normativos e sites especializados como fontes de investigação. Longe de pretender esgotar a discussão da inadmissível discriminação da mulher, o estudo procura identificar caminhos para a realização da mulher no mercado de trabalho pelo acesso digno, seu inadiável reconhecimento e valorização.

1 A declaração universal de direitos humanos

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, ratificada pelo Brasil em 1992, constitui um catálogo de direitos reconhecidos e positivados como direitos humanos, próprios do direito internacional. A dimensão histórica dos direitos humanos radica de uma série de direitos naturais do homem, assumindo uma função supra-estatal.

De acordo com Galindo (2003, p. 48), “direitos do homem e direitos humanos são sempre todos direitos inerentes à natureza humana”. Os direitos humanos revelam-se em um conceito mais abrangente, como unidade essencial e indissolúvel, com reconhecimento de proteção de valores de todos os seres humanos. Os direitos humanos fornecem ferramentas de modelo global capazes de formular políticas públicas de atenção à dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento de novos direitos assume particular relevo em razão das transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica pela transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. As novas facetas da proteção de vida e outros bens fundamentais resultam na universalização do progresso social. O fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e agres-

sões, encontra-se vinculado ao patrimônio jurídico da humanidade, como a liberdade, a igualdade, a vida e a dignidade da pessoa humana.

Além da proteção à vida e da qualidade de vida do ser humano na sua individualidade, outra referência tem encontrado aceitação que é o direito à paz, cuja titularidade pertence aos Estados, aos povos e à humanidade como um todo. De acordo com o grande jurista italiano Norberto Bobbio (2004, p. 01), “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”. Mesmo havendo proteção dos direitos humanos, revela-se essencial ao Estado a realização da paz.

A despeito destes e de outros aspectos, Declaração Universal de Direitos Humanos caracteriza-se pela universalidade, ou seja, pelo reconhecimento de todos os seres humanos, enquanto qualificados por sua pertença ao gênero humano, independentemente de serem cidadãos de um determinado Estado. Lançando um olhar na condição histórica, o reconhecimento dos direitos humanos está agregado às perspectivas e possibilidades de mudança e progresso, constituindo um complexo de lutas específicas e de conquistas coletivas.

2 Os direitos fundamentais sociais

A incorporação dos direitos sociais nos textos constitucionais está ligada a um projeto de mudança da realidade social interna de cada país, onde o direito se relaciona com a política, como meio através do qual a comunidade se constitui a si mesma. O conflito jurídico passa a refletir o conflito político, pois ambos não são autônomos entre si. Neste mesmo raciocínio segue que o direito é o meio através do qual a política se manifesta, sendo que a linguagem do direito é a linguagem da política.

Inicialmente, as ordens jurídicas passaram a incorporar sistemas de controle de constitucionalidade das leis, seguida pela tutela judicial de

indivíduos titulares de direitos fundamentais, regras de reconhecimento, princípios de justiça e valores morais substantivos como critérios de identificação e validação das regras do direito. Os direitos triunfam sobre aspirações comunitárias e, quando as ideias comunitárias são expressas pelo direito, elas são uma demanda da coletividade, uma vontade valorizada (com um explícito significado político).

A aceitação da incorporação de valores e princípios morais na regra de reconhecimento de um sistema jurídico não coloca em risco o projeto de conceituação positivista de direito porque preserva a tese das fontes sociais do direito, mesmo havendo confluência de direitos com conteúdo moral. O reconhecimento no ordenamento jurídico de um fato social dá-se pela sua inclusão no texto constitucional com maior ou menor extensão de proteção, ou seja, pelas escolhas de um sistema de direitos fundamentais. Vale afirmar que os direitos sociais são direitos subjetivos previstos em normas de direito positivo, implicando imposições normativas que vinculam os poderes públicos.

Os direitos fundamentais sociais emanam efeitos jurídicos objetivos. Assim, a estrutura dos direitos econômicos, sociais e culturais se caracteriza por obrigar o Estado a fazer, a conceder prestações positivas: prover serviços de saúde, assegurar a educação, sustentar o patrimônio cultural e artístico da comunidade (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011, p. 30). O avanço em direção aos direitos sociais funda-se no poder de exigibilidade judicial de uma prestação diretamente satisfativa do direito, contido numa norma constitucional. Vale destacar que o direito, como meio de expressão das expressões políticas, está vinculado aos arranjos políticos e econômicos.

Os direitos fundamentais sociais são assegurados pela proteção de uma situação subjetiva do indivíduo, realizando-se pelo controle de constitucionalidade das leis. Ademais da situação da estrutura dos direitos econômicos, sociais e culturais se caracterizar por obrigar o Estado a con-

ceder prestações positivas, há outra: a existência concomitante de obrigações de não fazer. Como salientam Abramovich e Courtis (2011, p. 33), “[...] o direito à saúde implica na obrigação estatal de não causar danos à saúde”. Em outras palavras, é o mesmo que afirmar que a satisfação de um direito fundamental social se transforma em um direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele.

Esse avanço da análise teórica dos direitos fundamentais sociais vincula o legislador e o administrador público na edição de leis e medidas administrativas para assegurar a efetividade desses direitos. Ao condicionar a aplicabilidade dos direitos sociais à lei, a Constituição de 1988 delega ao Poder Legislativo a decisão sobre o momento oportuno para concretizá-los. De acordo com Sarlet (2015, p. 417):

[...] na perspectiva da proibição de proteção insuficiente (ou deficiente, como preferem outros) utiliza-se, em termos gerais, da mesma análise trifásica (em três níveis ou etapas) - já de todos conhecida - aplicada no âmbito de proibição de excesso, guardadas, é claro, as peculiaridades que decorrem da finalidade de exame do devido cumprimento dos deveres de proteção.

A ideia de dever em sentido jurídico corresponde a uma faculdade de ajuizar uma ação judicial para obrigar o devedor a cumprir o dever (ROSS, 2000, p. 231). A luta pela proteção social e efetividade dos direitos fundamentais sociais ultrapassa a margem das escolhas políticas feitas pelo legislador. Essa afirmação é plausível pela associação entre direito e exigibilidade judicial, ou seja, pela possibilidade de reivindicar judicialmente o cumprimento de prestações correspondentes aos direitos sociais. Em certos casos, na ameaça de violação do dever, reivindicar uma ação judicial para obter a compensação do direito violado.

Conforme disposição expressa do parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata.” Dito isto,

é possível reconhecer a exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais, independentemente da existência de uma norma que prescreva a sua aplicabilidade direta. Se os direitos sociais são reconhecidos no sistema jurídico, então eles podem ser invocados diretamente ante um tribunal.

E na existência de uma norma legal concretizadora de um direito social, esta não pode ser suprimida por uma lei posterior. Assim, é vedada subtrair a aplicabilidade da norma constitucional pelo impedimento de redução do grau de concretização conquistado pela norma, em favor da estabilidade das relações jurídicas contra o retrocesso, permanecendo garantido o direito à segurança social. Isso significa que medidas legislativas não podem suprimir normas concretizadoras dos direitos fundamentais sociais, uma vez que o mandamento constitucional proíbe a destruição superveniente da situação já instaurada pelo patrimônio jurídico da cidadania.

A concretização judicial envolve uma apreciação sobre a relação entre bens individuais e bens coletivos, com a pretensão de se obter as prestações normativas que possibilitem o exercício dos direitos a prestações fáticas. Essa ideia está contida naquela que assegura que um autêntico Estado de Direito é também um Estado de segurança jurídica, ou ainda, que a segurança jurídica é uma expressão do Estado de Direito, constituindo um princípio fundamental da ordem jurídica estatal. Da mesma forma, um Estado de Direito é aquele que reconhece as expressões de uma ordem de valores comunitários, garantindo a realização de projetos de vida em níveis satisfatórios de proteção social.

A implementação de níveis satisfatórios dos direitos fundamentais sociais é uma tarefa e um desafio do Estado pela necessidade de proteção e por uma constante adequação da segurança social em prol do combate da exclusão social. Os direitos fundamentais sociais reclamam um tratamento adequado e todas as medidas para a sua implementação são temas de discussão inadiáveis. Esse cuidado visa, essencialmente, evitar a frustração da efetividade constitucional e a manter a estabilidade e a

continuidade da ordem jurídica. Entretanto, há muito mais amplitude no núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, ou seja, eles estão imbuídos por uma eficácia mais reforçada ou, ainda, pela maximização da sua eficácia.

O núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais vincula o poder público no âmbito de uma proteção contra o retrocesso. Nesse sentido vale o destaque de que um determinado direito fundamental social, uma vez concretizado no plano legislativo, está colacionado ao conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, correspondendo a padrões qualitativos mínimos. Uma violação desse núcleo essencial é injustificável tanto na ordem jurídica quanto na ordem social por significar uma violação da dignidade da pessoa humana e, portanto, sendo sempre desproporcional e inconstitucional.

3 O trabalho da mulher: um direito fundamental social

Em todo o mundo, a Organização Mundial do Trabalho (OIT) procura promover a proteção dos direitos fundamentais, através de suas atividades no domínio do emprego, inclusive no combate à violação dos direitos e desigualdades entre os sexos no mercado laboral. Apesar de todo o esforço despendido, a agenda do trabalho digno abrange as necessidades e perspectivas das ações governamentais.

Nesse contexto internacional, o Brasil aparece como um país que normatiza regras específicas ao trabalho da mulher, como por exemplo o Capítulo III, do Título III da Consolidação das Leis do Trabalho, que trata de normas especiais de tutela do trabalho da mulher. Apesar desse aporte jurídico, é incontestável a necessidade de um maior aparato legal para que seja assegurada a proteção do trabalho da mulher.

O combate a não discriminação do trabalho da mulher não está relegado, por exemplo, tão somente no recebimento de remuneração justa e equitativa entre homens e mulheres, capaz de garantir condições de

existência digna às trabalhadoras e suas famílias, condições de trabalho seguras e higiênicas, jornada de trabalho razoável, proteção à maternidade. Não. No cenário atual, as reivindicações vão muito além.

É notável o acréscimo representativo do número de mulheres no mercado de trabalho mas o aumento de sua participação não fez diminuir a brecha salarial existente entre trabalho masculino e feminino. Historicamente, observa-se que o trabalho do homem sempre significou maior valor que o trabalho da mulher. Na fase inicial da industrialização, justificava-se a diferença porque as mulheres trabalhavam com bens de menor valor ou porque tinham uma jornada menor. Outro argumento equivocado, com intuito discriminatório, refere-se a menor capacidade das mulheres de se organizarem em sindicatos e lutarem por seus direitos.

De acordo com o estudioso Thompson (2012, p. 22, grifo nosso):

Nas tecelagens e em várias mineradoras, esses são anos de trabalho de crianças (*e, clandestinamente, de mulheres*). E empreendimento em grande escala, o sistema fabril, com sua nova disciplina, as comunidades fabris, onde o industrial não só se enriquecia com o trabalho de sua “mão de obra” - como também se podia vê-lo enriquecer no decorrer de uma única geração, tudo contribuiu para a transparência do processo de exploração e para a coesão social e cultural do explorado.

O processo de industrialização representou a disseminação das mais variadas formas de exploração do trabalho feminino, como a clandestinidade, significando paralelamente muitas lutas conduzidas pelas mulheres pelo fim da desigualdade de tratamento e pela melhoria das condições de trabalho. Muitas mulheres submetem-se a trabalhos mais vulneráveis e outras tantas aglomeram-se em atividades informais e precárias.

O padrão sórdido institucionalizado foi descrito por Fraser (2007, p. 108):

[...] a interação é regulada por um padrão institucionalizado de valoração cultural que constitui algumas categorias de atores sociais como normativos e outros como deficientes ou inferiores: heterossexual é normal, gay é perverso; “*famílias chefiadas por homens*” são corretas, “*famílias chefiadas por mulheres*” não o são; “brancos” obedecem à lei, “negros” são perigosos.

Atentando especialmente para os gritantes níveis de exclusão social e as inúmeras reclamações de proteção contra as medidas que venham a corroer ainda mais os deficitários patamares de segurança social vigentes, uma poderosa ferramenta de combate desta nefasta realidade é o princípio da proibição de retrocesso. A complexidade das relações sociais, a dinâmica da vida social e econômica obriga o Estado e o legislador a respostas rápidas e eficazes para enfrentar os desafios da realidade através do correto manejo assecuratório de uma vida saudável para todos os integrantes do corpo social.

Nesta senda, a multifuncionalidade dos direitos fundamentais sociais, dentre eles o direito ao trabalho digno, é, senão, a manifestação concreta de uma abordagem constitucional que privilegia o pensamento constitucional contemporâneo de compromisso com a justiça social. O reconhecimento de cada ser humano, merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implica na promoção de sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência. Assim, os direitos fundamentais sociais constituem explicitações da dignidade da pessoa humana.

A confiança do indivíduo na ordem constitucional vigente consagra a noção da garantia constitucional dos direitos adquiridos e das garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais sociais. Mas essa visão não faz perder relevância a problemática da prática normativa e das medidas retroativas do poder público que causam tanto mal-estar constitucional. A necessidade de proteção se manifesta, principalmente,

na angustiante supressão da concretização dos direitos fundamentais sociais, ameaçando o padrão de prestações já alcançadas e a confiança depositada no conteúdo desses direitos.

A existência constitucional garantida possui uma eficácia vinculante resultando na maximização da eficácia das normas de direitos fundamentais sociais, incumbida de um dever permanente de desenvolvimento. Importa registrar que em cada hipótese concreta de proteção social realiza-se o amplo espectro de benefícios sociais que asseguram a existência condigna para os indivíduos e, satisfatoriamente, a concretização de direitos fundamentais sociais. É justamente a partir desses elementos nucleares que o manejo constitucionalmente adequado é necessário para as mudanças legítimas de atenção à sociedade como um todo.

A aplicação dos direitos fundamentais sociais tem assento na responsabilidade política, estruturada na coerência de uma substancialidade de uma visão sistêmica sobre a razão de ser do direito e dos princípios. A expressão inarredável na justificação do direito enquadra-se na busca de uma razão ética que perpassa as causas coextensivas do ordenamento, determinadas por soluções dadas pelo julgador aos casos práticos. Trazidos novamente a lume, os direitos fundamentais sociais não são apenas uma teoria discursiva do direito constitucionalizado mas, notadamente, um critério formal do sistema constitucional capaz de encadear medidas para a busca da atividade jurisdicional.

De todo modo, coaduna-se com a coerência constitucional a expressão do trabalho da mulher como supressão do déficit democrático. Como forma de eliminar toda forma de iniquidades, a representatividade da mulher no mercado de trabalho é uma manifestação concreta para a fixação de medidas para o combate da exploração e da discriminação. O interesse do poder público e a adoção de medidas administrativas, bem como parâmetros jurisprudenciais, fortalecem o desenvolvimento de um exercício de controle capaz de legitimar a efetivação dos direitos.

4 Trabalho digno e trabalho decente

Trabalho digno e trabalho decente podem ser classificados de maneira diversa, mantendo este vínculo com a cidadania e aquele com os direitos humanos. Apesar de seus contornos mais amplos (e, em alguns casos, imprecisos), os direitos humanos possuem um caráter fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito. No Brasil, trabalho decente é destacado como aquele capaz de garantir uma vida digna, com a função de integração social.

De certa maneira, a dignidade passa a constituir meta a ser seguida. Com o abandono da visão jusnaturalista de que os direitos humanos são naturais e anteriores à própria lei, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 expandiu o conceito de dignidade humana, reivindicando pela extensão universal dos direitos humanos. Assim, a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e a titularidade de direitos. O reconhecimento da dignidade como princípio se solidifica por ser um valor que perpassa pelo direito, a política e a sociabilidade.

O processo de redemocratização no Brasil contou com a adesão ao Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) no ano de 1992, inaugurando uma reciprocidade entre direitos formais e a base econômica adequada para seu exercício pela implementação de políticas públicas, ainda que com uma eficácia e proteção diferenciadas. A tarefa de realização dos direitos sociais passa a estar ligada a fatores de consecução da justiça social, de adequada e justa distribuição dos bens existentes.

O trabalho passa a configurar como valor imanente no que se refere às formas de reconhecimento social, enquanto concebido como igualdade de oportunidades e efetiva possibilidade de participação na formação da vontade estatal. O Estado incorporou funções de proteção e promoção de acesso a grupos sociais sub-representados, consignando a

possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação do trabalho digno.

Como apontou Pérez Luño (1995, p. 20), “os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos.. Toda ação estatal é expressa pela relação entre os membros da comunidade vinculados pelo sistema jurídico do Estado de Direito, ou seja, de um ente público concreto. Importa considerar a ideia de que os direitos fundamentais são dotados do poder garantia e reconhecimento estatais.

Os valores da dignidade da pessoa humana foram desenvolvidos com apelo à validade universal, comum a todos os seres humanos pela virtude de sua própria humanidade, como limites ao poder estatal. Impende salientar que a reivindicação pela garantia de direitos de todos os homens integra o reconhecimento, por exemplo, do direito ao trabalho digno.

A dicotomia entre trabalho digno e trabalho decente constitui-se em um direito atribuído genericamente a todos os cidadãos. O trabalho decente é viabilizado por uma demanda operacional enquanto o trabalho digno é a persecução do trabalho decente. Independentemente de qualquer raciocínio mais elaborado, as transformações determinantes das duas concepções sustentam uma consequência inarredável: os processos culturais institucionalizados podem ensejar o fortalecimento do trabalho decente de expansão da dignidade da pessoa humana.

5 *Leading cases* – combate à discriminação

Traçando-se um paralelo entre o Estado democrático de Direito e o Estado ideal, integram-se algumas noções sobre a limitação estatal e a essência do Estado constitucional. Como ponto de partida da contextualização dessa realidade, são apresentados alguns casos como instrumento

de defesa em prol da eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos recorrentemente julga casos de discriminação associada à condição de ser mulher. Em decisões recentes, o Tribunal constatou o impacto negativo que a estigmatização contra a mulher é capaz de produzir. Em setembro de 2015, a Corte IDH sentenciou o caso *Gonzales Lluy e outros versus Equador*. A condição de mulher, pessoa em situação de pobreza, portadora de HIV (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), desencadearam uma situação de marginalidade seguida de discriminação derivada de sua condição de vulnerabilidade.

A Corte ordenou ao Equador uma forma de reparação a Talía Gonzales Lluy, incluindo indenização por dano material e moral, tratamento médico e psicológico, medicamentos, bolsa de estudos, entrega de uma moradia digna, entre outros. A ideia de justiça é indissociável dos elementos da ordem jurídica de compreensão de suas funções de proteção estatal, não estando, pois, subtraídos à plena disponibilidade por parte dos poderes constituídos. Os valores sociais de uma sociedade justa e solidária, valores da dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho, apenas para citar alguns, encontram guarida constituem exigência inarredável do exercício efetivo das garantias de igualdade de oportunidades.

Outra caso de luta pelos direitos fundamentais sociais foi a decisão da Corte Suprema argentina, a qual se pronunciou pela regra hermenêutica *in dubio pro justicia socialis*. Na sentença “Berçaitiz”, apresentada por Courtis (2006, p. 41), a Corte considerou que:

Tem categoria constitucional o seguinte princípio de hermenêutica jurídica: *in dubio pro justicia socialis*. As leis, pois, devem ser interpretadas a favor daqueles aos quais são aplicadas com este sentido conseguem ou tendem a alcançar o “bem-estar”, isto é, as condições de vida mediante as quais é possível à pessoa humana desenvolver-se conforme a sua excelsa dignidade. [...] [Esta Corte] afirmou, ‘enfaticamente’, que as leis de matéria prestacional devem ser interpretadas conforme a finalidade que com elas se persegue, o que

impede fundamentar uma interpretação restritiva (Sentença: 263:400; 265:256; 267:196; 279:389). Não somente, pois, a interpretação analógica restritiva de um direito social - no caso, prestacional - contraria a uniforme jurisprudência desta Corte, concordante com a doutrina universal (o 'princípio de favorabilidade', *Günstigkeitprinzip*, que formularam os autores alemães a partir da Constituição de Weimar [...]), senão que também se contrapõe à hermenêutica das leis que surge - segundo demonstramos - do 'objetivo preeminente' de 'promover o bem-estar geral' que a Constituição se propõe obter para todos os habitantes de solo argentino.

As ideias destacadas da decisão argentina propõem a homogeneidade social através de uma certa medida de segurança dos direitos sociais considerados na sua integralidade, como destaque da previsão da quantidade de direitos fundamentais sociais. Analisados sob esta rubrica, os direitos fundamentais sociais podem ser considerados como fundamento da ordem democrática em sintonia com os direitos tradicionais da vida, como direito à liberdade e à propriedade. No âmbito do significado dos direitos fundamentais sociais, a concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana perpassa a linha dos direitos fundamentais específicos, como o direito fundamental social ao trabalho digno, livre de discriminação.

Para apresentar ao menos um caso brasileiro, sem pretender adentrar na discussão do precário sistema de defesa dos direitos da mulher no Brasil, mas como exemplo da tentativa frustrada a inibir nefastos casos de discriminação contra a mulher no mercado de trabalho, em 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3165, Relator Ministro Dias Toffoli). Esta ação visava o reconhecimento da inconstitucionalidade formal da lei que punia empresas que exigissem exame de gravidez ou atestado de laqueadura no momento da admissão de mulheres no trabalho. Resultado: a lei foi declarada inconstitucional, significando uma tentativa fracassada à luta pela garantia dos direitos fundamentais sociais. Abaixo segue ementa:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei estadual (SP) nº 10.849/2001. Punição, com a perda da inscrição estadual, para aquelas empresas que exijam a realização de teste de gravidez ou a apresentação de atestado de laqueadura no momento de admissão de mulheres no trabalho. Inconstitucionalidade formal. Competência privativa da União. Direito do trabalho. 1. Inconstitucionalidade formal da Lei nº 10.849/01 do Estado de São Paulo, a qual pune, com a perda da inscrição estadual, as empresas que, no ato de admissão, exijam que a mulher se submeta a teste de gravidez ou apresente atestado de laqueadura. 2. Competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho, consoante disposto no art. 22, inciso I, da Constituição Federal. A lei estadual, ao atribuir sanções administrativas pela inobservância da norma, também contraria a competência exclusiva da União para “organizar, manter e executar a inspeção do trabalho. (art. 21, XXIV, CF/88). Precedentes: ADI nº 2.487/SC; ADI nº 953/DF; ADI nº 3.587/DF; ADI nº 3.251/RO. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

No arquivo de Inteiro Teor da referida decisão, é possível encontrar parte da fundamentação do voto favorável à inconstitucionalidade do então Presidente da Casa, Ministro Ricardo Lewandowski (p. 29): “Embora a Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo defenda a razoabilidade desta sanção. E qual é a sanção que eu considero irrazoável e desproporcional? É exatamente a possibilidade de cassar-se a inscrição estadual”. O Presidente claramente acena à ideia estapafúrdia de que mais grave que exigir exame de comprovação de gravidez ou laqueadura é a sanção que se impõe às empresas de cassação à inscrição estadual.

Fica evidenciado, no caso brasileiro apresentado, que a diversidade de entendimentos sobre a harmonização dos direitos fundamentais sociais deve ser aprofundada nos influxos do mundo estatal constitucional. É defensável, entretanto, que o grau das posições jurídicas produza resultados conflitantes entre si, haja vista que o direito seja sinônimo de lutas permanentes entre generalidade e especificidades. De qualquer sorte, na condição de estatuto jurídico fundamental da comunidade, a própria Constituição tem como significado um sistema de regras e princípios que

deve ser priorizado frente a qualquer outro conteúdo em desenvolvimento, seja na parte organizacional, seja nas relações de ordem econômica.

Conclusão

Longe da pretensa de esgotar as posições do sistema jurídico concernentes aos direitos fundamentais sociais, este trabalho transita pela via da ideia da unidade irrefutável de harmonização dos princípios regentes da ordem constitucional. Como eixo de reconhecimento da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, foram abordados alguns *leading cases* concernentes à concretização, aplicação e interpretação da temática sobre a discriminação do trabalho da mulher. A proteção reforçada dos direitos fundamentais sociais ainda contrasta, como demonstrado, com uma controversa realidade social.

A despeito da natureza de interesses na dogmática do contexto constitucional, os direitos fundamentais sociais são capazes de traçar as linhas-mestras constitutivas do desenvolvimento do senso jurídico coletivo. Albergando-se no sentido do autêntico direito, a noção dos direitos fundamentais revela-se em processo de permanente aquisição de novos direitos, seja pelo ensejo de necessidades da vida social, seja pelas circunstâncias que o tempo venha a exigir.

Cumprе ressaltar que as novas facetas da proteção de vida e outros bens fundamentais resultam na universalização do progresso social. Muito embora o direito constitucional pátrio, salvo melhor juízo, apresente determinada posição jurídica como fundamental, denota-se indispensável a análise dos precedentes da evolução constitucional. A luta das mulheres para a efetivação do trabalho digno direciona-se para o futuro, gerando a perspectiva e a possibilidade de mudanças e de progresso.

Para tanto, o manejo constitucionalmente adequado é necessário para as mudanças legítimas de atenção à sociedade como um todo. A

concretização do Estado ideal é uma tarefa permanente, numa ambiência necessariamente heterogênea e multicultural. É notório o acréscimo do número de mulheres no mercado de trabalho, entretanto a sua participação deve ser entrincheirada pela garantia de igualdade de chances pela condição de existência da homogeneidade na segurança social do trabalho.

Referências

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.165/SP/2015*. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10923825>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Direitos sociais são exigíveis*. Tradução Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. 18. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CIDH. *Caso Gonzales y Lluy y otros Vs. Ecuador*. Sentença de 01 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2017.

COURTIS, C. *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos humanos*. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Del Puerto, 2006.

FRASER, N. *Reconhecimento sem ética*. São Paulo: Lua Nova, 2007.

GALINDO, B. *Direitos fundamentais: análise de sua Concretização Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003.

PÉREZ LUÑO, A.-E. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madri: Tecnos, 1995.

ROSS, A. *Direito e justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

THOMPSON, E. P. *A formação da classe operária inglesa: a maldição de Adão*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2012.

DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO: APONTAMENTOS À POLÍTICA BRASILEIRA DE RECEPÇÃO DE TRABALHADORES ESTRANGEIROS A PARTIR DE HABERMAS

André Filipe de Moura Ferro

Introdução

O presente artigo foi preparado para a disciplina de Direito Fundamental ao Trabalho Digno como trabalho de conclusão da disciplina.

O tema do trabalho será a teoria de Jürgen Habermas de um sistema jurídico baseado nos Direitos Humanos e na Soberania Popular nas sociedades pluralísticas. O recorte será o posicionamento de Habermas quanto ao direito de ingresso de trabalhadores estrangeiros, confrontando suas compreensões com a políticas brasileiras de imigrações.

O trabalho iniciará com as formulações do autor sobre o direito e sua legitimidade nas democracias liberais, baseada na autolegislação e nos direitos subjetivos de autonomia privada e pública dos indivíduos. Em seguida, se debruçará sobre a sistematização habermasiana dos direitos fundamentais em grupos, dando ênfase ao segundo grupo, contido por direitos decorrentes da condição de membro, e da exigência de simetria de interesses entre os membros e os candidatos a ingressarem na sociedade. Sobre essas bases, será discorrida e analisada a política nacional de imigração, induzindo em uma crítica a essa política.

1 Desenvolvimento

O presente trabalho faz uma breve análise da política brasileira de imigração de trabalhadores estrangeiros a partir das teorias filosóficas e jurídicas de Habermas.

O autor constrói em sua literatura uma teoria do Direito e um sistema de direitos fundamentais voltado às democracias liberais. Rejeitando os embasamentos morais e jusnaturalistas, Habermas afirma que o Direito Moderno, normatizado, sistemático e impositivo, deve ter uma fundamentação autônoma sobre um consenso racional formado por indivíduos livres e iguais (HABERMAS, 1997). Em sua teoria, a moral apenas complementa o Direito, não o subordina e nem o fundamenta (idem).

Conforme Habermas, os direitos humanos possuem duas fascas. Como normas morais possuem pretensão universalista, mas como normas legais só protegem os indivíduos quando cidadãos de um Estado Nacional (HABERMAS, 2003).

Isso porque, pela sua natureza humanas, os ordenamentos jurídicos possuem limites temporais e geográficas, frente inclusive à finitude da força para impô-los, em adição possuem limites entre membros e não membros (HABERMAS, 1997).

Nessa linha, os direitos não são preexistentes à sociedade ou inerentes ao indivíduo, nem mesmo são descobertos pelo legislador, mas construídos em uma comunidade humana limitada no tempo e no espaço.

Argumenta o autor que os direitos humanos poderiam vir a ser universalizados em um cenário em que todos os Estados fossem Democráticos de Direito e os indivíduos pudessem escolher sua nacionalidade ou ainda em um cenário de uma ordem global formada por cidadãos do mundo regidos por um efetivo Direito Cosmopolita. Entretanto, Habermas afirma que essas hipóteses estão distantes da realidade (HABERMAS, 2003).

A partir do Princípio do Discurso, as normas encontram validade no procedimento democrático. Para que os ordenamentos originados desse procedimento sejam legítimos, devem ser entendidos como absolutos os direitos à liberdade e à igual participação, por serem estruturais à ação comunicativa.

No sistema de direitos habermasiano os direitos humanos que garantem a autonomia privada e a soberania popular que, por sua parte, garantem a autonomia pública, são entendidos como co-originais, isso é, um pressupõem um ao outro e um não subordina o outro (idem).

Consequente, sem Direitos Humanos inexisteriam as condições de comunicação para construção democrática da vontade política e racional (HABERMAS, 2002).

Nesse sistema, os direitos legítimos são aqueles em que todos os atingidos por eles poderiam consentir como membros ativos de discursos racionais, no qual se busca a autolegislação por intermédio da composição e do convencimento mútuo (HABERMAS, 1997).

Dentro desse processo, os participantes devem estar livres de coações e devem almejar alcançar a verdade de modo cooperativo.

O sistema de direitos fundamentais de Habermas possui cinco grupos de direitos, sendo os quatro primeiros entendidos como absolutos e o quinto como relativo.

Os três primeiros grupos de direitos são embasados no princípio do discurso e alicerçam a autonomia privada. São eles os direitos fundamentais de iguais liberdades de ação, os de pertencimento e os de judicabilidade de direitos. O quarto grupo trata da participação no processo de construção da opinião e das vontades como expressões da autonomia política (HABERMAS, 1997).

O quinto e último é o grupo dos direitos fundamentais a adequadas condições de vida sociais, técnicas e ecológicas (HABERMAS, 1997, p. 160). Esses direitos são condições materiais necessária para o desempenho em igualdade de oportunidades dos grupos de direitos fundamentais anteriores.

Retornado ao segundo grupo de Direitos Fundamentais, de relevância central para o presente artigo, Habermas afirma que estão contidos nele os “direitos fundamentais que resultam da configuração política-

mente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito.” (HABERMAS, 1997, p. 159).

Esse grupo de direitos previne que aqueles já membros sejam subtraídos desse status como também que eles tenham o direito de emigrar, considerando a voluntariedade da condição de membro.

Já para a imigração, isso é, o ingresso no interior da sociedade de indivíduos até então entendidos como não-membros, a normatização deve atender simetricamente tanto os interesses dos cidadãos quanto dos imigrantes (HABERMAS, 1997).

Nesse diálogo, as democracias liberais poderiam exigir dos imigrantes que assimilassem os princípios constitucionais e a cultura política do receptor, mas esses Estados teriam que garantir aos ingressantes as liberdades de exercícios das identidades, tradições e práticas de seu país de origem.

A exigência de respeito aos princípios constitucionais e a cultura política também é feita por Rawls, ao argumentar que os povos, no papel de agentes representativos e eficazes dotados de responsabilidade pelo seu território e pelo controle populacional, detêm o direito qualificado de restringir as imigrações, sob pena de deterioração do território (RAWLS, 2004). Rawls defende então que devem existir fronteiras de algum tipo. Uma das razões para tanto é proteger de estranhos sua cultura política e seus princípios constitucionais.

Benhabib (2006) contesta a caracterização dos imigrantes como ameaçadores, desobedientes, exóticos e não propensos à assimilação.

Ao contrário de pôr em perigo a cultura política, os imigrantes as revitalizariam e as aprofundariam, como também defenderiam, enriqueceriam e até mesmo rearticulariam os princípios constitucionais. Um dos casos históricos da argumentação de Benhabib (2006) é a das imigrações intelectuais aos Estados Unidos da América no segundo pós segunda guerra, que transformam e prosperaram em seus meios acadêmicos.

Além do direito de asilo e de refúgio, Habermas coloca a questão dos trabalhadores imigrantes, que “tencionam escapar de uma existência miserável em sua terra natal” (HABERMAS, 2002, p. 268). Para o Autor, a política migracional das democracias liberais deve adotar apenas critérios em que todos os atingidos, inclusive os imigrantes, possam concordar.

Ao analisar o pertencimento político a partir da teoria habermasiana do Discurso e da teoria normativa da democracia deliberativa, Benhabib afirma que o Princípio do Discurso, que remete validade apenas aos ordenamentos que podem obter concordância de todos os interessados, é uma metanorma (BENHABIB, 2006).

Nessa metanorma estaria implícito o princípio moral universal de respeito, que reconhece a todos capazes de fala e de ação como partícipes da conversação moral, e o princípio da igualdade recíproca, que determina que todos devem ter os mesmos direitos de atos de expressão e de exigir justificação dos pretextos nos discursos de autolegislação (BENHABIB, 2006).

Prossegue a autora para afirmar que as conversações morais sobre as reivindicações de adesão ou de pertencimento a uma sociedade de membros não pode se limitar ao escopo daqueles que já são membros, mas sim se estender potencialmente a toda humanidade (BENHABIB, 2006).

Benhabib (2006) conclui que o enfoque do discurso limita substancialmente o que seria moralmente permissível nas políticas de inclusão e exclusão da soberanias nacionais.

É possível deduzir então que a partir de Habermas as normas de imigração, inclusive a que regulam as reivindicações dos indivíduos de se fixarem e trabalharem sob a jurisdição de um outro país só podem ser válidas se capazes de serem aceitas livre e racionalmente por todos que sofrem com suas consequências, inclusive pelos não cidadãos.

Por sua parte, a política brasileira de controle da mobilidade humana entre fronteiras aponta em um caminho bastante diverso, um sentido de unilateralidade e de preferência aos nacionais. Conforme a lei

6.815/1980, chamada frequentemente de estatuto do estrangeiro e produzida durante o período histórico ditatorial, a imigração deve resguardar os interesses nacionais (art. 1º),¹ sua aplicação deve atender a segurança nacional, os interesses do país e a “defesa do trabalhador nacional” (art. 2º)² e a sua finalidade é obter mão de obra especializada (parágrafo único do art. 16).³

Ainda, mesmo quem logra autorização para ingresso e trabalho no território nacional é proibido pelo estatuto de participar de representação sindical, associação profissional ou de órgão de classe (inciso VII do art. 106).⁴

Também lhe é impedido de exercer sua autonomia pública, como se associar, reunir ou individualmente atuar politicamente, ou de qualquer forma interferir “nos negócios públicos do Brasil” (art. 107 caput e incisos).⁵

Essas limitações e exclusões presentes no Estatuto do Estrangeiro são feitas em desafio aos princípios e comandos constitucionais. Conforme a CRFB/88 são fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e o pluralismo político (incisos III, IV e V do art. 1º); são objetivos fundamentais da República construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e redu-

¹ “Art. 1º Em tempo de paz, qualquer estrangeiro poderá, satisfeitas as condições desta Lei, entrar e permanecer no Brasil e dele sair, resguardados os interesses nacionais.”

² “Art. 2º Na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional.”

³ “Parágrafo único. A imigração objetivará, primordialmente, propiciar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional, visando à Política Nacional de Desenvolvimento em todos os aspectos e, em especial, ao aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos.”

⁴ Art. 106. É vedado ao estrangeiro: (...) VII - participar da administração ou representação de sindicato ou associação profissional, bem como de entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada;

⁵ “Art. 107. O estrangeiro admitido no território nacional não pode exercer atividade de natureza política, nem se imiscuir, direta ou indiretamente, nos negócios públicos do Brasil, sendo-lhe especialmente vedado: I - organizar, criar ou manter sociedade ou quaisquer entidades de caráter político, ainda que tenham por fim apenas a propaganda ou a difusão, exclusivamente entre compatriotas, de idéias, programas ou normas de ação de partidos políticos do país de origem;

¹ - exercer ação individual, junto a compatriotas ou não, no sentido de obter, mediante coação ou constrangimento de qualquer natureza, adesão a ideias, programas ou normas de ação de partidos ou facções políticas de qualquer país; III - organizar desfiles, passeatas, comícios e reuniões de qualquer natureza, ou deles participar, com os fins a que se referem os itens I e II deste artigo.”

zir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (incisos I, III, e IV do art. 3º); são princípios das relações internacionais a prevalência dos direitos humanos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (incisos II e IX do art. Art. 4º); que são direitos fundamentais a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e são livres a manifestação do pensamento, a expressão o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e que é direito de todos se associarem e se reunirem para fins pacíficos (Art. 5º caput, e incisos IV, IX, XIII, XVI e XVII).

É importante destacar que é o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal que os direitos consolidados no art. 5º da constituição também atingem os estrangeiros que não são residentes permanentes.⁶

Assim, é possível inferir que os dispositivos da lei 6.815/80, em especial os arts. 106 e 107, que limitam o exercício da autonomia privada e política do imigrante não foram recepcionadas pela constituição de 1988, além de que são incompatíveis com as normas internacionais de direitos humanos que prescrevem a igualdade e a não discriminação e que, no ordenamento brasileiro, possuem natureza materialmente constitucional (PIOVESAN, 2015).

⁶ “O súdito estrangeiro, mesmo aquele sem domicílio no Brasil, tem direito a todas as prerrogativas básicas que lhe assegurem a preservação do status libertatis e a observância, pelo Poder Público, da cláusula constitucional do due process. O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do habeas corpus, em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. A condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante.” (HC 94.016, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-2008, Segunda Turma, DJE de 27-2-2009.)

Boucilhas Filho afirma que o Estatuto do Estrangeiro promove uma política pública de enclausuramento contra o trabalhador imigrante, permitindo apenas o ingresso de mão de obra que seja especializada e escassa no mercado de trabalho brasileiro.

Para o autor, o país adotou uma prática de permitir a entrada apenas do “bom imigrante”, isso é, aquele que ingressa “só para exercer trabalho qualificado, e isso somente enquanto ele permanecesse ‘em silêncio’.” (BOUCILHAS FILHO, 2003, p. 36).

Em vista disso, fora das condições especiais, exemplo o asilo, refúgio, fronteiro e do Acordo de Residência do Mercosul, a possibilidade de ingresso do trabalhador estrangeiro, aqui muitas vezes chamado de imigrante econômico, são diminutas, permitida apenas o ingresso de empregados para absorção de mão de obra especializada.

A partir das estatísticas governamentais brasileiras, Patarra entende que existe um “mercado dual de imigrantes” formado por uma maioria de pobres não documentais, principalmente latinoamericanos, e uma minoria legalizada de empregados qualificados, pesquisadores e empregadores, advindos em geral da Europa e dos EUA (PATARRA, 2005, p. 28).

Assim, o resultado dessa política brasileira é a formação de um substancial contingente de imigrantes diminuídos à condição de ilegais e de indesejados ou ainda de imigrantes cuja presença no território é permitida, mas não o desempenho de trabalho remunerado.

Os impactos dessa política são abrandados periodicamente por anistias, a última ocorrida com a lei 11.961/2009. Contraditoriamente, a lei de anistia de 2009 exigiu dos trabalhadores que comprovassem o exercício de profissão ou emprego lícito, quando esses estavam expressamente proibidos disso pelo Estado Brasileiro (SALADINI, 2012).

Nessa linha, as anistias se evenciam como paliativas e incapazes de alcançar os imigrantes mais marginalizados (idem).

Analisando o exemplo da política imigratória britânica, Bauman (2008, p. 11) relata a aplicação de um sistema de pontos para recepcionar somente “aqueles com mais dinheiro para investir e mais habilidades para ganhá-los.” Já a República Francesa dita uma política de seleção conforme as necessidades da França, não dos candidatos a penetrar seu território (idem).

Nesse contexto, Bauman (2008) argumenta que os imigrantes são reduzidos ao status de mercadorias, que, por sua parte, precisam ser desejadas pelos compradores que escolherão “o melhor produto da prateleira.”

Assim, em um contexto de livre circulação de mercadorias e capitais, mas de muros à mobilidade humana, o trabalhador só lograria migrar legalmente quando ele próprio tomasse a feição de produto desejado pelo mercado.

A política brasileira de imigração, portanto, atende apenas aos interesses de nacionais sob a justificativa de protegê-los dos estrangeiros à sociedade. A perspectiva do estrangeiro pretendente ao ingresso é desconsiderada por completo. Dentro dessa política, o pretendente só será bem-vindo para ser consumido pelo mercado de trabalho local com fins ao “aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos” (parágrafo único do art. 16 da lei 6.815/1980).

Por tudo, o trabalhador imigrante, mesmo quando autorizada sua presença no território e o seu labor, é apenas súdito de um direito de qual ele não pode ser autor. Assim, o trabalhador estrangeiro é tolhido de seu direito de igual liberdade de ação subjetiva e de exercício de sua autonomia política.

Considerações finais

A pesquisa almejou visitar brevemente as construções filosóficas sobre direitos humanos de Habermas.

Como visto, o autor afirma que as democracias liberais devem ter como pressuposto co-originais os direitos humanos e a soberania popular. São os direitos humanos que fornecem as bases para um consenso racional para a produção democrática do Direito, no qual os indivíduos subordinados ao ordenamento possam concordar como participantes de discursos racionais.

Nessa linha, Habermas postula que direitos humanos e soberania do povo se pressupõem mutuamente e o mesmo ocorre entre autonomia privada e autonomia pública.

Com base no princípio do discurso são organizados os direitos fundamentais em grupos, sendo que o segundo deles reúne os direitos consequentes da condição de membro. Parte desse grupo a compreensão que os imigrantes estrangeiros têm o direito de ter seus interesses levados em consideração em simetria com os interesses dos nacionais.

Portanto, o trabalhador estrangeiro é visto pela autoridade brasileira mais como um produto, a ser adquirido ou rechaçado, do que como um sujeito de direito.

Confrontando essa realidade com o sistema de direitos fundamentais de Habermas é possível identificar elementos que apontam a legislação e a prática brasileira de recepção de trabalhadores imigrantes como não democrática e violadora de direitos humanos.

Referências

ACORDO sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile, de 6 de dezembro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6975.htm>. Acesso em: 30 mar 2017.

BAUMAN, Z. *Vida para consumo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENHABIB, S. The Law of Peoples, Distributive Justice, and Migrations. *Fordham Law Review*, n. 72.5, p. 1761-1788, 2003-2004.

BENHABIB, S. *The Right of Others*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BOUCINHAS FILHO, J. C. *Migração de trabalhadores para o Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 29 e 30.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 mar 2017.

BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. *Diário Oficial da União*, 21 ago. 1980. Retificado em 22 ago. 1980 e republicado em 22 ago. 1981. Disponível em: <http://www.in.gov.br/mp_leis/asp?id=LEI%209887>. Acesso em: 30 mar. 2017.

BRASIL. Lei n. 11.961, de 02 de julho de 2009. Dispõe sobre a residência provisória para o estrangeiro em situação irregular no território nacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 03 jul. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11961.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017.

HABERMAS, J. *A inclusão do Outro*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

HABERMAS, J. *Direito e Democracia*. 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.

HABERMAS, J. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, J.; MOREIRA, L. *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. p. 67-82.

MEZZAROBA, O. *Manual de metodologia da pesquisa do direito*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NICOLI, P. A. G. *A condição jurídica do trabalhador imigrante no direito brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Ltr, 2011.

PATARRA, N. L. Migrações Internacionais de e para o Brasil contemporâneo. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 23-33, jul./set/. 2005.

PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAWLS, J. *O Direito dos Povos*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SALADINI, A. P. S. *Trabalho e Imigração*. São Paulo: Ltr, 2012.

TONETTO, M. C. *Direitos Humanos em Kant e Habermas*. 1. ed. Florianópolis: Insular, 2010.

DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO: O SOFRIMENTO PSÍQUICO PELO TRABALHO – UMA ANÁLISE DA IMPORTÂNCIA DO TRABALHO PARA A ESTABILIDADE PSICOLÓGICA DO INDIVÍDUO E UMA APRECIÇÃO DAS PSICOPATOLOGIAS NO AMBIENTE DE TRABALHO

Esthevam Lermen Eidt

Introdução

Esta ideiação tem como escopo analisar a importância do trabalho para o psicológico do homem, bem como ponderar o fenômeno do sofrimento psíquico no trabalho. Mais especificamente, ajuizar sobre as consequências da falta do trabalho para a estabilidade psicológica do homem e avaliar as causas e as origens que acarretam as psicopatologias no trabalho.

Dessa forma, questiona-se: Qual a importância do trabalho para a estabilidade psicológica do indivíduo? Quais as consequências da falta desse? Nos tempos atuais, os trabalhadores ainda se deparam com mazelas psíquicas em seu trabalho? Se sim, quais são elas e quais as suas consequências?

Estima-se, com essa análise, alcançar que o trabalho é de suma essencialidade para o ser humano, sendo que sua falta afeta a estabilidade psicológica do indivíduo e, conseqüentemente, origina grande sofrimento a esse. Também, que, presentemente, os trabalhadores ainda são atingidos pelas mais variadas aflições psíquicas no trabalho, tais como: o excesso de trabalho, a falta de preparo, o risco da punição pelo erro, o trabalho fora de suas funções, entre outras causas.

Para vislumbrar tais abalancements, será o presente trabalho dividido em três seções, além dos itens obrigatórios. A primeira terá como

fulcro explicar a essencialidade do trabalho para o equilíbrio psicológico do indivíduo, além de servir como meio de integração social e de subsistência. Já na segunda seção será levantada a aceitação da exclusão no trabalho. Por sua vez, na terceira seção serão analisadas as psicopatologias que podem atingir os trabalhadores e suas origens.

Ainda, cumpre mencionar que como alicerce teórico o presente trabalho se apoiará nas construções e discussões elaboradas por Christophe Dejours, em seu livro *A banalização da injustiça social* (2006).

Finalizando esta introdução cumpre aludir que o estudo nessa temática se mostra de suma importância, tendo em vista que com a identificação desse fenômeno e suas causas é possível, por meio da melhora do ambiente de trabalho, tornar o serviço mais produtivo e econômico, bem como melhorar a qualidade de vida dos trabalhadores.

1 A importância do trabalho como meio de subsistência, de integração social e de construção do ser pensante

O trabalho para o ser humano é de suma importância em vários aspectos. Por meio desse, o indivíduo retira meios de subsistência, bem como serve como meio de inserção social, ainda mais em um sistema econômico capitalista, onde o capital rege a sociedade (SOUZA; CORONHO, 2017).

Ademais, o trabalho é fonte de identidade do sujeito. Isto é, uma profissão reflete um motivo para se viver, para se declarar importante. Tanto é assim, que quando alguém se apresenta já informa sua profissão, como forma de se autoproclamar-se como sujeito “digno”. Ou mesmo, quando não o faz, é indagado sobre o que faz para viver, ou seja, qual sua razão de estar compreendido na sociedade. Como disse Benjamin Franklin “O trabalho dignifica o homem.” Não que essa colocação esteja correta, porquanto levaria a crer que o homem sem trabalho não teria dignidade.

Ela, contudo, demonstra a essencialidade desse para o homem, sendo, portanto, mais adequada a frase dita por Max Weber: “O trabalho enobrece o homem.”

De tão fundamental que é o trabalho, ele é considerado um direito humano, isto é, essencial para que o homem tenha uma existência digna. Sendo, portanto, constatado em várias declarações de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 23), Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e na Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos (item XVII).¹

Recentemente, em estudo divulgado pelo IBGE é possível vislumbrar, claramente, a essencialidade do trabalho para o indivíduo. Tal estudo, intitulado Pesquisa Nacional de Saúde - PNS (volume 4), realiza uma análise comparativa entre os indicadores de saúde e mercado de trabalho no Brasil.

Primeiramente, importante se faz aludir que, segundo glossário do volume 2 do PNS, pode conceituar como:

- a) Pessoa ocupada – aquela “[...] que tem trabalho durante toda ou parte da semana de referência da pesquisa, inclusive a pessoa que não exerceu o trabalho remunerado que tem nessa semana por motivo de férias, licença, greve etc.”;

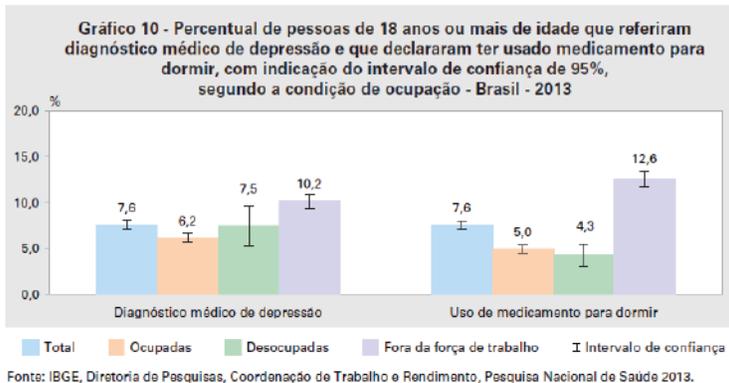
¹ Artigo 23º da *Declaração da Universal dos Direitos Humanos*. 1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. 3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social. 4. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses.

Artigo 15º da *Africana*. Toda pessoa tem direito de trabalhar em condições equitativas e satisfatórias e de perceber um salário igual por um trabalho igual.

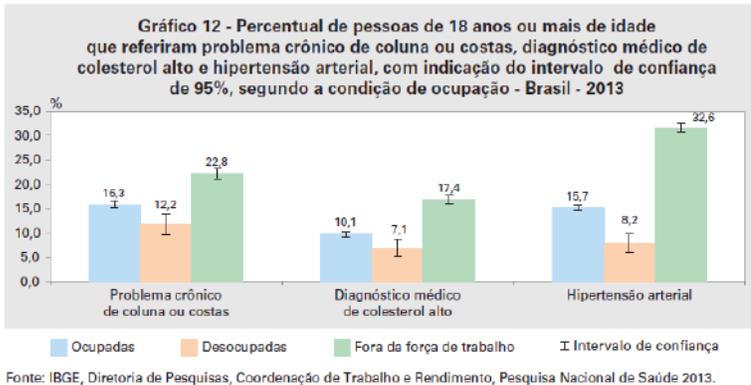
XVII Carta Islâmica – Condição e Dignidade dos Trabalhadores. O Islam dignifica o trabalho e o trabalhador e ordena que os muçulmanos tratem o trabalhador justa e generosamente. Não só deve receber seus salários imediatamente como também tem direito ao repouso adequado e ao lazer.

- b) Pessoa desocupada – aquela “[...] sem trabalho, mas que toma alguma providência efetiva de procura de trabalho na semana de referência da pesquisa”;
- c) Pessoa fora da força de trabalho – aquela “[...] que não é classificada como ocupada nem como desocupada na semana de referência da pesquisa, mas encontra-se em idade de trabalhar.”

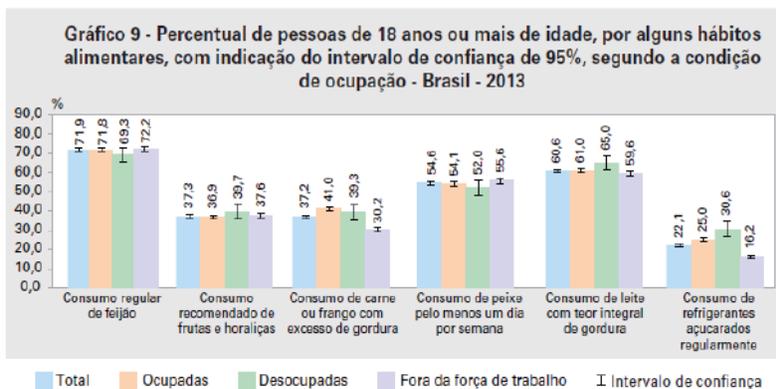
Dessa forma, segundo essa pesquisa a depressão, entre pessoas de 18 anos ou mais idade, foi uma média de 7,6%. Sendo de 6,2% para as ocupadas; de 7,5% para as desocupadas; e de 10,2% para as pessoas fora da força de trabalho. Além disso, aponta que o grupo social fora da força de trabalho também apresenta uma proporção maior de pessoas que tomam remédio para dormir (12%).



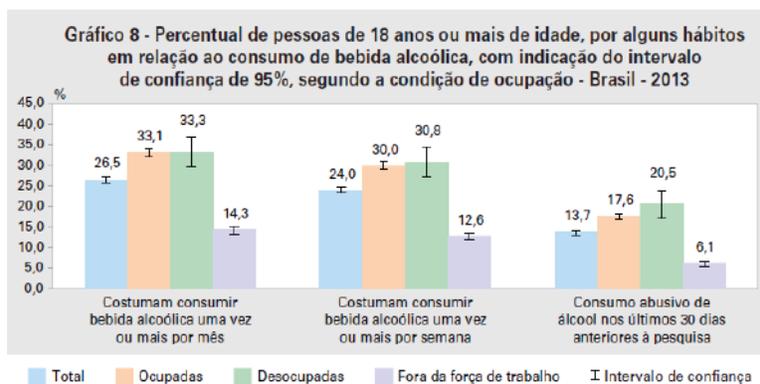
Ademais, como é possível ver nos gráficos abaixo, a população fora da força de trabalho apresenta maiores problemas crônicos de coluna ou costas, bem como maiores índices de colesterol alto e de hipertensão arterial.



Insta mencionar, ainda, que, segundo análise de outros gráficos da pesquisa é possível vislumbrar que o consumo de açúcares e o consumo abusivo de álcool é maior entre os desocupados. Acredita-se que tal comportamento se dê pela ansiedade gerada na expectativa em conseguir um trabalho (ou não), isto é, de se sustentar, de se inserir socialmente e de se encontrar como ser. Nesse sentido, expõe Dejours (2006, p. 19) que “[...] quem perdeu o emprego, quem não consegue empregar-se [...] ou reempregar-se [...] e passa pelo processo de dessocialização progressivo, sofre [...] esse processo que leva à doença mental ou física, pois ataca os alicerces da identidade.”



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional de Saúde 2013.



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional de Saúde 2013.

Também se faz importante destacar que os dados da PNS foram coletados em 2013, sendo o volume 4 da pesquisa somente divulgado em 2016. Assim, com a crise atual que passa o Brasil, estima-se que sejam ainda mais impactantes essas estatísticas.

Ainda mais, se levar em conta o elevado número de desempregados no Brasil, o qual, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD (também realizada pelo IBGE), estima-se em 12%, o qual se traduz em mais de 12 milhões de desempregados. Um aumento de 3%, em comparação com o mesmo trimestre do ano anterior (IBGE, 2017).



Por meio da análise feita, é possível perceber, claramente, a essencialidade do trabalho para o indivíduo como ser pensante, pois esta condição (de estar empregado) dá a ideia de participação e de importância desse na e para a sociedade, isto é, um ensejo de viver. Além disso, nos faz compreender, porque certas situações no trabalho são toleradas, e como essas circunstâncias podem atormentar psiquicamente o trabalhador, temática essa que será trabalhada na próxima seção.

2 A conformação da agonia

Como visto na seção anterior, a ausência do trabalho é agente de grande agonia psíquica, trazendo grandes implicações à saúde pública, visto que faz com que haja aumento da depressão, no consumo de açúcares e de álcool, entre outros. Apesar dessas circunstâncias, nos é “vendido” a ideia de que o mundo está em colapso financeiro, sendo, portanto, aceitável o uso de métodos drásticos como forma de amenizar algumas consequências dessa crise.

Como coloca Dejours (2006), essa circunstância social muito se assemelha a uma guerra a qual não é armada, mas sim econômica. Tal situação é mais transparente quando adentramos no mundo do trabalho, onde em nome de “sobreviver” a essa anormalidade econômica são aceitos artifícios atroz. Isto é, em nome de uma maior eficiência estão dis-

postos a fazer sacrifícios, seja em abandonar os que não são hábeis para lutar nessa guerra (idosos, jovens, não aptos, deficientes etc.), seja em exigir maior desempenho (de disponibilidade, de performance, de altruísmo etc.).

Dessa forma, a sociedade enxerga esses excluídos não como injustiçados, mas sim como pessoas infortunadas que, em virtude de adversidades econômicas, sofrem essas provações. E justamente, por haver esse acolhimento de normalidade dessa situação, que não há reações coletivas de mobilização, liberando o acréscimo progressivo do desemprego e suas consequências sociais e psicológicas (DEJOURS, 2006).

Mas será que essa exclusão e esse sofrimento são fatos naturais que decorrem independente das ações do ser humano, ou será que tal construção econômica e social foi edificada por esse? Se entendermos que são naturais, pouco podemos fazer para combatê-los, mas caso compreendamos como construções humanas, é possível identificar os comportamentos que levam a tais mazelas a fim de enfrentá-las, pensamento este proposto aqui (DEJOURS, 2006).

3 O sofrimento psíquico no trabalho

Ademais, essa acomodação do sofrimento vai além da exclusão, atingindo o trabalho em si. Isto é, no próprio ambiente de trabalho ocorrem aflições, sendo nesta seção abordadas as mazelas psíquicas do trabalho.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), “*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.*” Essa aceção transparece a visão biopsicossocial, onde saúde não é apenas a falta de doença, mas o total bem-estar social, psicológico e físico. Portanto, o trabalho saudável constitui não

só de um ambiente físico propício ao trabalhador, mas também mental e social.²

Dessa forma, em que consistiria o sofrimento psíquico no trabalho? Entende-se que são, resumidamente, quatro fatores que acarretam sofrimento:

- a) o medo da incompetência;
- b) o excesso de trabalho.
- c) a falta de reconhecimento;
- d) a falta de cooperação;

Mas quais seriam as origens desses fatores de aflição psicológica? A primeira teria como núcleo o receio do erro, isto é, na qual consistiria no temor de não realizar o trabalho com a perfeição necessária, contudo abarca outras aflições, tais como a de não satisfazer as imposições da organização de trabalho. Essa aflição pode se originar de vários acontecimentos, como: (i) a introdução de novas tecnologias, (ii) a vigilância intensa, (iii) a falta de preparo do funcionário, (vi) a cobrança (agilidade e eficiência).

Como segunda causa de sofrimento psicológico entre os trabalhadores é o excesso de trabalho. Apesar de essa circunstância poder ser abarcada dentro do medo da incompetência, preferiu-se separá-la, pois nem sempre ambas as angústias andarão juntas. A sobrecarga de trabalho gera o anseio de falta de dever cumprido, tendo em vista que, por mais que se esforce para terminar as tarefas designadas, elas nunca chegarão a um fim. Percebemos isso, principalmente no serviço público, o qual, muitas vezes, não possui um prazo para ser prestado ou possui um prazo muito longo, fazendo que sejam destinadas grandes cargas de trabalho a poucas pessoas, gerando com um isso um grande abalo psicológico e físico.

² Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste meramente na ausência de doença ou de enfermidade.

Para melhor compreender tal colocação, imagine um setor fiscal de uma Prefeitura, onde há dois fiscais tributários, um responsável pelo lançamento dos tributos e outro pelo atendimento ao público. Um desses fiscais fica doente e se licencia, ocorre que todo o encargo do trabalho que era feito por duas pessoas passa a ser feito por uma. Em regra, o município não poderia contratar ninguém, visto que o cargo está ocupado. Lembrando que a lei deve criar o cargo (função, remuneração, número de vagas etc.). Assim, o fiscal tributário ficaria sobrecarregado, como ocorre em muitos municípios brasileiros de pequeno porte, causando-lhe angústia por não conseguir “dar conta do serviço”, isto é, atender as pessoas de forma plena, atualizar o cadastro municipal para melhor cobrar os tributos atrasados e colocar em prática suas ideias para tornar o serviço mais eficiente.

Oportuno mencionar que a tecnologia trouxe grandes facilidades, contudo ela é fonte de grande sofrimento, tendo em vista que, com a introdução dessas inovações tecnológicas, os limites entre o início e o término do trabalho estão se esvaindo. Isto é, os trabalhadores acabam por realizar tarefas fora do local de trabalho, como o caso do juiz que acessa o sistema online para realizar sentenças.

Conveniente trazer ainda o fenômeno levantado por Martins: o demônio na fábrica. Segundo este, em virtude da introdução de inovações tecnológicas, fazendo com que fossem adotados novos procedimentos e um ritmo de trabalho mais acelerado, entre outros motivos, trouxe um grande estresse mental aos funcionários fazendo com que os mesmos vissem um demônio na fábrica. Assim, dispõe o autor que:

[...] as grandes transformações que estavam ocorrendo na produção traziam para o cotidiano da fábrica tensões e incertezas, do ponto de vista dos trabalhadores e mesmo dos mestres, que não podiam fazer parte de uma rotina de trabalho legitimada pela tradição. Justamente, o risco e a experimentação eram novos componentes rotineiros da produção fabril moderna que não foram assimilados rapidamente pelos operários e pelos mestres. [...] Sociologicamente, o

demônio deu visibilidade ao invisível das inovações tecnológicas que alteraram o ritmo do trabalho e por esse meio oculto se apossaram do corpo das operárias. (MARTINS, 2017, p. 19-20).

Ainda, sobre a intensificação do trabalho e a saúde física e mental expõe Hirata que:

Dois fenômenos merecem atenção na análise da relação entre saúde e trabalho: as consequências da intensificação do trabalho verificada nos últimos anos sobre a saúde mental e física e as consequências do trabalho precário induzido pela subcontratação e pelas formas ditas “atípicas” de trabalho (tempo parcial, trabalho temporário, etc.). Os suicídios relacionados ao trabalho na França, mas também no Brasil e no Japão, têm sido objeto de atenção, constituindo-se num problema de atualidade científica e social. Na França, fatores como a intensificação do trabalho, a falta de solidariedade, o trabalho em equipe, o isolamento social e as práticas de assédio moral e psicológico têm sido apontados como indutores de um aumento significativo dos suicídios relacionados ao trabalho nos últimos anos, sobretudo em grandes empresas como a Renault, a Peugeot e a France-Télécom [...], mas também em setores como o Ministério do Trabalho francês, no interior do qual suicidou-se recentemente um inspetor do trabalho [...] (HIRATA, 2011, p. 18-19).

Já a falta de reconhecimento ocorre quando o empregado se esforça para terminar eficientemente as tarefas designadas ou elabora novos métodos para reduzir o tempo de produção sem, no entanto, ninguém mencionar nenhuma palavra de agradecimento. Segundo o dicionário Aurélio (2017) “reconhecimento” significa:

1 - Ato de reconhecer. 2 - Efeito dessa ação. 3 - Exame minucioso. 4 - Confissão, declaração de um fato. 5 - Gratidão, sentimento de agradecimento. 6 - Recompensa, prêmio, galardão. 7 - Operação que visa obter informações sobre o inimigo numa certa zona. 8 - Formação (aviões, blindados, infantaria). 9 - Reconhecimento de uma assinatura: ato pelo qual o notário declara ser essa assinatura verdadeira, isto é, do respectivo signatário.

Por último, a falta de cooperação representa a competição interna, traduz na competitividade maléfica. Como coloca Dejours: “Colegas criam-lhe obstáculos, o ambiente social é péssimo, cada qual trabalha por si, enquanto todos sonegam informações prejudicando assim a cooperação [...]” (Dejours, 2006).

Dejours (2006) aponta, ainda, que para suportar esse sofrimento os trabalhadores se utilizam da racionalização, ou seja, o sujeito se apoia em um raciocínio lógico para explicar situações inaceitáveis.

Colocada estas aflições psicológicas, resta demonstrar a importância em identificar a melhora no ambiente de trabalho. Para tanto, apoia-se no estudo realizado pela Universidade de Warwick denominado “Felicidade e produtividade”. Segundo o estudo realizado, a felicidade está interligada com a produtividade, apontando que a felicidade faz com que o indivíduo aumente a produtividade em, aproximadamente, 12%. Vejamos suas conclusões:

This study provides evidence of a link between human happiness and human productivity. [...] One possibility is thus that background unhappiness acts to distract rationally-optimizing individuals away from their work tasks. Various implications emerge from the experimental results. First, it appears that economists and other social scientists may need to pay more attention to emotional well-being as a causal force. Second, better bridges may be required between currently disparate scholarly disciplines. Third, if happiness in a workplace carries with it a return in productivity, the paper’s findings may have consequences for firms’ promotion policies, and may be relevant for managers and human resources specialists. Finally, if well-being boosts people’s performance at work, this raises the possibility, at the microeconomic level and perhaps even the macroeconomic level, of self-sustaining spirals between human productivity and human well-being.³

³ Este estudo fornece evidências de uma ligação entre felicidade humana e produtividade humana. [...] Uma possibilidade é, portanto, que a infelicidade do plano de ação distraia racionalmente-otimizando os indivíduos para longe de suas tarefas de trabalho. Primeiro, parece que os economistas e outros cientistas sociais podem precisar prestar mais atenção ao bem-estar emocional como uma força causal. Segundo, melhores pontes podem ser necessárias entre disciplinas acadêmicas atualmente díspares. Em terceiro lugar, se a felicidade em um local de trabalho traz consigo um retorno na

Dessa forma, percebe-se que com a identificação do sofrimento no trabalho e suas causas isso torna o serviço mais produtivo e econômico, além de melhorar a qualidade de vida dos trabalhadores. Para isso, é necessário melhorar o ambiente de trabalho, considerando o trabalho como uma relação entre as necessidades do empregador e as do empregado (TAVARES, 2003).

4 Conclusão

Pela presente ideiação é crível apreender que o trabalho é, claramente, fundamental para a existência sadia do ser pensante, pois a condição de estar empregado transmite a ideia de participação, de importância desse para a sociedade, ou seja, dá a esse indivíduo uma razão de existir, uma razão de ali estar. Assim, pode-se afirmar que o trabalho exerce três funções: de subsistência, de integração social e de construção de sua identidade.

Ainda, pode-se acompanhar que a falta do trabalho é causa de grande sofrimento psíquico, trazendo grandes consequências à saúde pública, visto que faz com que haja aumento da depressão, no consumo de açúcares e de álcool, entre outros. Apesar dessas circunstâncias, foi apontado que a exclusão do mercado de trabalho de pessoas consideradas não aptas (idosos, não habilitados, deficientes...) é vista como aceitável pela sociedade, com a racionalização de que é uma adversidade natural do mercado econômico (crise). Essa perspectiva, contudo, não é a que foi defendida, mas sim a que essas adversidades também derivam de ações humanas, e, por isso, devem ser estudadas e amenizadas.

produtividade, os resultados do trabalho podem ter consequências para as políticas de promoção das empresas e podem ser relevantes para os gerentes e especialistas em recursos humanos. Finalmente, se o bem-estar aumenta o desempenho das pessoas no trabalho, isso aumenta a possibilidade, ao nível microeconômico e talvez mesmo macroeconômico, de espirais auto-sustentáveis entre a produtividade humana e o bem-estar humano.

Ademais, o presente estudo apontou que essa acomodação do sofrimento vai além da exclusão, atingindo o próprio trabalho em si. Isto é, no próprio ambiente de trabalho ocorrem aflições. Tendo o presente trabalho focalizado nas patologias do trabalho: o medo da incompetência, o excesso de trabalho, a falta de reconhecimento, a falta de cooperação.

Por fim, foi exposto que, segundo pesquisa da Universidade de Warwick, a felicidade do trabalhador faz com que sua produtividade aumente até 12%. Tornando clara a importância da atenção ao bem-estar emocional do trabalhador para uma produtividade mais eficiente.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, H. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

DEJOURS, C. *A banalização da injustiça social*. 7 ed. Tradução Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

DICIONÁRIO DO AURÉLIO. *Dicionário de português*. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/reconhecimento>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

HIRATA, H. Tendências recentes da precarização social e do trabalho: Brasil, França, Japão. *Cad. CRH*, v. 24, p. 15-22, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa nacional de saúde: 2013: acesso e utilização dos serviços de saúde: Brasil, grandes regiões e unidades da federação*. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. v. 2.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua – Trimestral*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pnad_continua/default.shtm>. Acesso em: 28 fev. 2017.

Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - Trimestral Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - Trimestral

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa nacional de saúde: 2013: indicadores de saúde e mercado de trabalho: Brasil e grandes regiões*. Rio de Janeiro: IBGE, 2016.

MARTINS, J. de S. A aparição do demônio na fábrica, no meio da produção social. *Tempo Social*, v. 5, n. 1-2, p. 1-29, 1993. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/84939>>. Acesso em: 09 fev. 2017.

OSWALD, A. J.; PROTO, E.; SGROI, D. *Happiness and productivity*. University of Warwick, UK, 2014. Disponível em: <http://estudomec.info/files/O_FelicidadeProdutividade.pdf>. Acessado em: 20 fev 2017.

SOUZA, D. C. M. de S.; CORONHO, M. S. *Como reduzir o sofrimento psíquico-laboral dos servidores públicos por meio do incremento à qualidade de vida no trabalho*. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-se-como-reduzir-sofrimento-psico-laboral-servidores-publicos-debora-claudia-magalhaes>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

TAVARES, D. S. *O sofrimento no trabalho entre servidores públicos: uma análise psicossocial do contexto de trabalho judiciário federal*. 2003. 152 f. Dissertação de Mestrado em Saúde Pública. Departamento de Saúde Ambiental, Universidade de São Paulo, São Paulo.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Constitution of WHO: principles*. Disponível em: <<http://www.who.int/about/mission/en/>>. Acesso em: 09 fev. 2017.

ZAMBRONI-DE-SOUZA, P. C.; ARAÚJO, A. J. *Psicopatologia do trabalho*. *Psicologia em Estudo*, v. 17, n. 4, p. 733-735, out./dec. 2012.

DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO: REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVO, ENTRE O DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO PENAL - BREVES CONSIDERAÇÕES

Volnete Gilioli

Os tempos de Adão e Eva: o trabalho como castigo e punição?

Esse trabalho irá se ocupar do espaço temporal da contemporaneidade do tema “trabalho escravo” ou “relações de trabalho dos escravos atuais”. E ainda que esse fenômeno para ser compreendido não possa estar dissociado do viés histórico, carece abreviar a historicidade do tema.

Parece-nos entender que a denominação trabalho escravo parece simbolizar uma noção histórica (ESTERCI, 1994, p. 11) e trabalho forçado uma noção internacional; (BRASIL, 1940)¹ redução à condição análoga à de escravo uma noção penal² e trabalho em condições degradantes é em parte, uma noção trabalhista³.

Parece visível perceber que a partir do instrumental teórico utilizado, mais ou menos dogmático ou empírico, se tem definições próprias para cada denominação ou conceito. E “as classificações se fazem de acordo com o contexto, os critérios e as posições dos diversos atores envolvidos ou que se pronunciaram em cada caso.” (ESTERCI, 1994, p. 11).

O castigo para Adão e Eva que comeram o fruto da Árvore do Conhecimento foi a expulsão do paraíso, onde eles viviam sem problemas. Mas, Deus além de cruelmente expulsar Adão e Eva lhes impôs um castigo

¹ Convenção 29 de 1930 da OIT Sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório: artigo 2º, 1 e 2.

² Artigo 149: “Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.” (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003).

³ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º diz “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano e degradante.” E embora na CLT não tenha contemplado a expressão condições degradantes, essa degradação tem a ver com as regras concernentes as condições de trabalho.

ao dizer “Comerás o teu pão com o suor do teu rosto, até que voltes à terra de que foste tirado; porque és pó, e pó te hás de tornar.” (BÍBLIA, 1966, p. 678-686).⁴

Com essa sentença, o trabalho passou a ser um castigo para o homem e também uma necessidade para satisfazer nas necessidades básicas do homem.

Mais adiante, ainda em termos bíblicos, temos como conduta praticada a servidão: “E os egípcios faziam servir os filhos de Israel com dureza.” (BÍBLIA, 1966, p. 678-686).⁵ Continuando: “Assim, lhes fizeram amargar a vida com dura servidão, em barro e tijolos, e com todo o trabalho no campo, com todo o seu serviço, em que os serviam com dureza.” (BÍBLIA, 1966, p. 678-686).⁶

Historicamente, a primeira forma de trabalho foi à escravidão (MARTINS, 2007, p. 4) que consistia no que a pessoa era apenas considerada propriedade de outra pessoa, uma coisa, não sendo titular de direito, sequer direitos trabalhistas.

No Brasil a primeira forma de escravidão foi com os chamados “gênios da terra” ou “negros da terra”, ou seja, os índios, e a escravidão teve início com a exploração da mão de obra indígena na extração do pau-brasil e que foi abolida pelo Marques de Pombal no final do século XVIII, por serem considerados pouco aptos ao trabalho.⁷ Depois, ao ter início a produção canaveira na primeira metade do século XVI, numa tentativa de solucionar o problema da falta de mão de obra, no Brasil tivemos a escravidão dos negros oriundos dos países africanos.

⁴ A. T. Gênesis. 3:19.

⁵ A. T. Êxodo. 1,13 e 1,14.

⁶ A. T. Êxodo. 1,14.

⁷ Em 1755 foi editada e publicada em 1757, por D. José I, Rei de Portugal, através de seu ministro o Marquês de Pombal que era responsável pelo estado do Grão-Pará e Maranhão. Essa lei foi chamada de O Diretório dos Índios. Este Diretório assegura a liberdade aos índios, escola, com um mestre para os meninos e outro para as meninas, sendo proibido o uso de outro idioma que não o português e assegurava a liberdade aos índios (WIKIPEDIA, 2017).

Seguramente, a escravidão foi uma forma de relação social da produção adotada, na época do Brasil colonial e pouco antes do final do Império, findando com a abolição da escravatura em 13 de maio de 1988 (BRASIL, 1888).

Mas, a prática da escravidão perdurou e perdura até hoje, mesmo que tenhamos evoluído em seus muitos aspectos conceituais e práticos, mesmo com o fim da escravidão formal, e mesmo com o então escravo liberto, tornando-se igual a outro perante a lei.⁸

O que difere o trabalho escravo antigo e o contemporâneo é que no passado o homem era considerado uma coisa e atualmente esse mesmo homem é um cidadão (empregado), que serve outro cidadão (empregador), que explora a força do trabalho e o corpo, visando lucro.

2 O trabalho escravo e a legislação trabalhista

O início da escravidão ou do trabalho compulsório e forçado perde-se no tempo. O teor, o grau de degradação do ser humano com escravidão encontra talvez sua melhor definição: “escravo é quem não é senhor de si mesmo; é dependente de outro e também sua propriedade. Ele é mercadoria, com qualquer outra, destituído de vontade própria.” (MARTINS, 1999, p. 127-164).

A Constituição Federal de 1988 assegura que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante,⁹ e também não haverá trabalho forçado,¹⁰ e essa garantia está prevista no Código Penal.¹¹

⁸ Artigo 5º, “caput” da CF/88.

⁹ Art. 5º, III da CF

¹⁰ Art. 5º XLVII da CF

¹¹ Art. 149 do CP

Ainda, a nossa Carta Maior estabelece inclusive que o trabalho é um direito social¹² e um dos princípios basilares da ordem social.¹³ Sua valorização é fundante da ordem econômica, visando assegurar a todos, sem distinção, uma existência digna em conformidade com os ditames da justiça social.¹⁴

O trabalho humano passa a ser indispensável para a dignidade do ser humano e tem passado por várias transformações ao longo da história mundial. No Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, passamos a contar com uma valorização do trabalho e como conquista dessa valorização, o trabalho adquiriu *status* de direito e garantia fundamental dentro do Estado Democrático de Direito.

Além dos artigos acima mencionados que valorizam o trabalho, a Constituição Federal traz previsão de regramentos no combate à prática do trabalho análogo à escravidão: art. 1º, II, III e IV; art. 3º I, III e IV; art. 4º II; art. 5º III; art. 7º XXII, XXVIII; art. 170 III; art. 186 III e IV e art. 193.

Mas, ao mesmo tempo em que o trabalho é valorizado e possui *status* constitucional, surgem vários problemas, entre eles, o trabalho análogo a de escravo, numa das formas de degradação do trabalho e que ofende diretamente os princípios constitucionais voltados à dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, a Organização Internacional do Trabalho – OIT, criada em 1919, ao findar da segunda guerra mundial, no enfrentamento de inúmeros casos de desrespeito ao trabalho humano apresentado no mundo, passa a ter papel preponderante no combate ao trabalho análogo à de escravo, não somente no Brasil, mas em nível internacional.

¹² Art. 6º da CF

¹³ Art. 193 da CF

¹⁴ Art. 170 da CF

E com esse enfrentamento passamos a ter formas de combate e consequente participação de muitas entidades em ações conjuntas na criminalização dessa violação.

A OIT entende que somente existe escravidão se houver restrição de liberdade, seja por meio de violência, ameaça, vigilância ostensiva, ou qualquer outro meio que prenda o empregado ao estabelecimento em que deve trabalhar.

A Convenção 105 de 1957 da OIT traz em seu artigo 1º que os países que ratificarem a convenção têm o compromisso de “abolir toda a forma de trabalho forçado, ou obrigatório e dele não fazer uso.”¹⁵

Ainda em 1956 a Convenção Suplementar já falava sobre a abolição da escravatura, do tráfico de escravos e das instituições e práticas análogas à escravatura ao estabelecer que escravidão “é o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem todos ou parte dos poderes atribuídos ao direito de propriedade”. E continua conceituando escravo como sendo “o indivíduo em tal estado ou condição.” (BRASIL, 1966).

Diante disso, a OIT concebe a escravidão como sendo uma situação de violação da liberdade, e como condição para que se tenha uma situação de escravidão, a obrigatoriedade do trabalho, trazida nas Convenções 29 e 105. E nesse norte a Coordenadora nacional do projeto Combate ao Trabalho Escravo no Brasil, da Organização Internacional do Trabalho entende o trabalho escravo nos seguintes termos: “Toda forma de trabalho escravo é trabalho degradante, mas o recíproco nem sempre é verdadeiro. O que diferencia um conceito do outro é a liberdade. Quando falamos em trabalho escravo, falamos em crime que cerceia a liberdade dos trabalhadores.” (FIGUEIRA; PRADO; SANT’ANA JÚNIOR, 2011, p. 47).

A criminalização do trabalho análogo à de escravo passa por esse conceito internacional e precisa de delimitação precisa para afastar a tipi-

¹⁵ Convenção 105 de 1957 a OIT: essa convenção foi ratificada essa Convenção através do Decreto 58.822 de 14 de julho de 1966.

ficação de condutas que mesmo infringindo normas administrativas, não podem ser classificadas como crime propriamente dito.

Nesse sentido, temos que o “fator determinante para caracterizar trabalho escravo é o cerceamento da liberdade.” (LEITE, 2005, p. 14-173). A utilização do trabalho análogo ao de escravo ofende o interesse difuso nas relações trabalhistas, violando o ordenamento jurídico e a dignidade humana.

O reconhecimento oficial do trabalho análogo ao de escravo no Brasil, se deu efetivamente em 1995, em decorrência das inúmeras denúncias ao Comitê da OIT e apesar do longo histórico de violações, o Brasil, no cenário mundial, foi um dos primeiros países a assumir internacionalmente a existência da escravidão contemporânea.

3 A criminalização do trabalho análogo à escravidão

Muito embora se tenha em vários trechos “formas de repressão e imobilização da mão-de-obra”, usado quando falado em termos de escravidão e trabalho escravo, reuniram-se situações que demarcam a “ruptura com parâmetros mínimos da sociabilidade”. E a sua utilização produz a unificação dos casos numa categoria unificadora de situações (ESTERCI, 1994, p. 38-49). Assim, a escravidão passava a designar um conjunto de situações que embora apresentam relevantes particularidades, guardam identidades entre si, mas sobretudo se diferenciam no aspecto significativo da escravidão, onde determinadas relações de exploração tão ultrajantes que o termo escravidão passou a denominar desigualdade no limite da desumanização do ser humano.

A redação anterior do artigo apenas estipulava o tipo penal,¹⁶ sem dar-lhe definição de sua ocorrência anterior tipificava, mas a partir de

¹⁶ A expressão “tipo penal” advém da definição de Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 443), para quem “[...] é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva,

2003, com sua nova redação, o artigo 149¹⁷ do Código Penal se considerava um tipo aberto, ou seja, ausente de definição. Há um consenso na crítica feita à antiga redação do artigo 149 do Código Penal, quando se entende pela imperfeição de sua redação em razão do alto grau de generalidade (MELO, 2003, p. 24).

Então, desde o princípio, para o Direito Penal foi uma opção demarcar a diferença da expressão trabalho escravo à forma de tratamento legal da matéria, no ponto em que o tipo penal residia em uma condição análoga e não ao próprio trabalho escravo, onde a tipificação do crime afasta a possibilidade de reconhecimento da própria condição ontológica da escravidão.

Com isso, a categorização trabalho escravo se torna superado do ponto de vista formal- histórico, servindo somente para designar um modo de produção amparado pelo Direito à época do Brasil colônia e nunca na atualidade.

A ausência de definição dos elementos necessários para preencher o tipo penal, as circunstâncias práticas que o caracterizavam e os critérios balizadores das decisões judiciais atinentes à matéria, faz com que o Direito Penal não tenha respostas. E em 2003 temos a alteração original do artigo 149 para indicar as hipóteses de ocorrência e configuração do que seja condição análoga à de escravo.¹⁸

que tem por função a individualização das condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas.”

¹⁷ Redação antiga do artigo 149 do CP: “ Reduzir alguém à condição análoga à de escravo: Pena- reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.”

¹⁸ Art. 149 do CP: “Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

§ 10 Nas mesmas penas incorre quem: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

¹ - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

¹ - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

Para o direito, continua não sendo juridicamente possível o crime de trabalho escravo, porque antes da reforma não reconhecida, a figura do “escravo” e nem do “crime de escravidão”, mas a redução à condição análoga (CASTILHO, 1999, p. 82), onde a mudança legislativa manteve a relevante diferença entre a figura do trabalho escravo histórico e o seu fenômeno pós- abolição, e explicou as hipóteses de configuração do tipo redução à condição análoga à de escravo, indicando os elementos integrantes sem os quais não se verifica o crime (FELICIANO, 2004, p. 99-100).

Trabalhos forçados; jornada exaustiva; condições degradantes ou restrição de locomoção por dívida são os elementos trazidos pela nova legislação que tomados isoladamente qualquer um desses elementos basta, para compreender que alguém esteja em situação análoga à de escravo.

A nova redação não escapa da crítica, quando os elementos do tipo deveriam ter sido apresentados de forma exemplificativa e não exaustiva (FELICIANO, 2004, p. 102) como ocorreu. Nesse sentido, afirma-se que a expressão redução à condição análoga à de escravo e sua própria definição no artigo 149, vem atender aos interesses definidos pela normatividade penal, mas que não podem prescindir do reconhecimento de outras formas jurídicas ou não.

Essa possibilidade de decomposição dos elementos do tipo penal apresenta dificuldades na construção de conceito do trabalho escravo contemporâneo nos exatos termos da cisão havida entre a realização absoluta e dogmática da lei e os dados concretos. Ou melhor, se o sentido da expressão redução à condição análoga à de escravo vem delimitada pelo próprio artigo 149, e se compreende por apenas um de seus elementos, não se tem justificativa usar a expressão para sua complementação com outro dado teórico ou com a relação estabelecida com a realidade.

§ 20 A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

¹ - contra criança ou adolescente; (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

¹ - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003).

Ou um dos elementos isolados, como modalidades ilícitas da exploração do trabalho (BRITO FILHO, 2016, p. 69-86) é suficiente para submeter à condição análoga à de escravo e daí se legitima o uso da expressão, ou o ideal seria encontrar outra designação que não esteja submetida ao formalismo penal, pois corre o risco de banalizar o conceito de trabalho escravo contemporâneo se sua classificação corresponde apenas ao modelo do artigo 149. Mas, desde que conscientemente, é possível o uso da expressão trabalho escravo, como uma “redução da expressão mais ampla e utilizada pela lei”.

Logo, o trabalho escravo como crime, não é a expressão mais adequada a se adotar, pois a condição de escravo, na verdade, restou abolida porque ninguém pode juridicamente ser considerado como tal. Falar em escravo é falar sobre o qual se exercia o direito de propriedade e outra é o trabalho dele, exercido em condições similares àquelas dos tempos coloniais. Mas, a utilização do termo reduzido, trabalho escravo, não contém impropriedade pela abreviação jurídica do termo, posto que, facilita a assimilação da ideia que a expressão abriga.

Além da evolução dos termos, não se pode conceber que a concepção de trabalho escravo tenha sofrido igual progresso, e com a alteração legislativa do artigo 149 do CP, equivalia a tipo específico de sequestro ou cárcere privado, uma vez que os escravos não possuíam um dos bens mais preciosos do ser humano, a liberdade.

Assim, o objetivo do direito penal é proteger valores fundamentais para a subsistência da sociedade, valores como vida, liberdade, trabalho e outros bens jurídicos, sendo essa proteção não limitada para intimidação coletiva para que os pretensos infratores se conscientizem dos riscos de uma sanção penal.

Antes da alteração legal, inúmeros infratores deixaram de ser penalizados pela imprecisão legislativa que dava margem a várias interpretações. Porém, com a alteração, o tipo penal clarificou que a ofensa à

liberdade individual e a dignidade do trabalhador, de maneira que o empregador que impuser cultura do trabalho análogo à escravidão está sujeito a multas altíssimas, interdição da propriedade e a condenação criminal.

Para configuração do crime de redução à condição análogo a de escravo, precisa-se da restrição da liberdade do indivíduo, ainda que se apresente um conceito restritivo de escravidão contemporânea. E com isso “a escravidão contemporânea caracteriza-se a partir da submissão, de fato, do *status libertatis* da pessoa, sujeitando-a ao completo e discricionário poder de outrem.” (SCHWARZ, 2008, p. 110).

Assim, o ordenamento jurídico atual não objetiva dar um conceito e nem punir trabalho escravo no estrito sentido do termo, mas dar ao tema tratamento abrangente. E numa leitura mais atenta, revela que a legislação do artigo 149 do CP é mais abrangente do que a prevista na Convenção n. 29 da OIT, quando amplia o conceito de trabalho em condições de escravidão e não se limita a dar um enfoque de cerceio da liberdade do trabalhador (LEITE, 2005, p. 169).

Ao consagrar que o trabalho em condição análoga à de escravo, a norma penal, caracteriza a ocorrência do trabalho forçado e as condições degradantes de trabalho, demonstrando que a definição jurídica atual de trabalho escravo, não se restringe à restrição da liberdade de locomoção e da liberdade da pessoa humana como trabalhador, posto que, o trabalhador ao estar em condições laborais degradantes tem afetação da sua dignidade humana (ARAÚJO JUNIOR, 2006, p. 15-16).

O Código Penal ao tipificar a redução a condição análoga á de escravo não precisa que essa condição seja similar àquela na qual viviam os escravos ao tempo do Brasil colônia ou Império Romano. Logo, não se pode adotar uma concepção figurativa da escravidão pré-republicana como se todos os escravos estivessem cercados e vigiados o dia todo. Essa figura leva ao entendimento de parte da doutrina e jurisprudência a con-

ceber que somente haverá crime de trabalho escravo se houver cárcere privado (PRUDENTE, 2006, p. 43).

Porém, o artigo 149 ficaria melhor inserido no capítulo que trata dos crimes contra a organização do trabalho, ainda que a tipificação atente contra a liberdade individual, posto que, a nova redação faz incidir as expressões “empregador”, “trabalhador”, “trabalhos forçados” e “jornadas exaustivas”. Ou seja, as condutas descritas na lei penal, quando ocorridas, denotam a existência de exploração abusiva da força do trabalho.

A restrição da liberdade de locomoção assim como outras situações descritas na lei, tem como escopo a obtenção mais do que a ordinária força do trabalho pode oferecer e a vinculação do trabalhador ao local do trabalho de prestação, através da coação física ou por coação moral, vem garantir a permanência da mão-de-obra na frente de trabalho por um tempo maior do que determina a lei.

Em todas essas ocorrências existe um desequilíbrio de forças que vai além da mera subordinação e a abusiva exploração da força de trabalho em comunhão com a privação da liberdade de locomoção e a liberdade de autodeterminação de conseguir pôr um fim nessa exploração, é o que o direito penal vem tutelar, ainda que essa autodeterminação possa estar comprometida pela estrutura econômica vigente (PALO NETO, 2008, p. 96).

Conclusão

Ainda que breves considerações, apresentadas no texto, nos remete a questionamentos: de que maneira e por qual motivo que ainda ocorrem manifestações de trabalho escravo ou redução à condição análoga a de escravo em pleno século XXI?

Assegura-se que a permanência destes crimes está fundada em pilares como: ausência de oportunidades, padrões culturais, certeza da impunidade e desproteção da pessoa pelo Estado.

Esse problema vivenciado no Brasil tem dimensões superlativas e sociais, quando se percebe qual é o segmento social, perfil dos escravizados e a que distancia estão estes da sua rede de proteção seja primária ou secundária.

As formas contemporâneas de trabalho escravo configuram uma violação aos direitos de liberdade individual e à dignidade, consagrados na Constituição Federal de 1988. A escravidão que se apresenta atualmente possui características diversas da dos tempos do Brasil colônia, contudo, não deixa de ser um reflexo da estrutura agrária e economia brasileira, construída ao longo dos séculos, enfatizada pela dominação e opressão de muitos.

O repúdio e a criminalização da escravidão contemporânea ou condição análoga à de escravo, seja no campo do direito do trabalho ou na esfera penal, ao apresentarem normas decisivas para a conceituação do trabalho escravo em suas mais diferentes acepções, vêm abordar como elemento fundante a liberdade das pessoas.

Mas, a constante ocorrência do trabalho escravo se explica pela continuidade de relações sociais de dominação e pela manutenção da mentalidade do poder econômico e pela inoperância do Estado em garantir um sistema de proteção as pessoas que estejam propensas à exploração.

O trabalho escravo não pode ser enfrentado de forma isolada, compartimentalizado ou tratado apenas como mais um crime a ser praticado, resumindo-se a um contexto de miséria complexidade. Deve sim ser encarado sob o enfoque social, jurídico e econômico para gradativamente tentar reduzir essa questão.

Referências

ARAÚJO JUNIOR, F. M. Dano moral decorrente do trabalho em condição análoga à de escravo: âmbito individual e coletivo. *Decisório trabalhista*, Curitiba, a. 11, n. 148, 2006.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988.

BRASIL. Decreto Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 07 jan. 2017.

BRASIL. Decreto 58.822, de 14 de julho de 1966. Ratificou a Convenção 105 de 1957 a OIT. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58822.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *II Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo*. Brasília, DF: SEDH, 2008.

BRASIL. Decreto Presidencial n. 58.563 de 1º de junho de 1966. Convenção Suplementar Sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura. *Diário Oficial da União*, 10 jun. 1966. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OIT-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Internacional-do-Trabalho/convencao-suplementar-sobre-abolicao-da-escravatura-do-trafico-de-eslavos-e-das-instituicoes-e-praticas-analogas-a-escravatura-1956.html>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BÍBLIA. *Bíblia sagrada*: contendo o antigo e o novo testamento. Tradução João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1966.

BRITO FILHO, J. C. *Trabalho decente: Análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL. *Lei n. 3.353*, de 13 de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm>. Acesso em: 17 fev. 2017.

CASTILHO, E. W. V. de. Em busca de uma definição jurídico-penal de trabalho escravo. In: COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. *Trabalho escravo no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Loyola, 1999.

ESTERCI, N. *Escravos da desigualdade: estudo sobre o uso repressivo da força de trabalho hoje*. Rio de Janeiro: CEDI; Koinonia, 1994.

FELICIANO, G. G. Do crime de redução a condição análoga á de escravo, na redação da lei n.10.803/2003. *Revista TRT 18*, Goiânia, a. 7, 2004.

FIGUEIRA, R. R.; PRADO, A. A.; SANT'ANA JÚNIOR, H. A. de (Org.). *Trabalho Escravo Contemporâneo: um debate transdisciplinar*. Rio de Janeiro: Mauad, 2011.

LEITE, C. H. B. A ação civil e a tutela dos interesses individuais homogêneos dos trabalhadores em condições análogas à de escravo. *Revista do Superior Tribunal do Trabalho*, Porto Alegre, v. 71, maio/ago. 2005.

MARTINS, S. P. *Direito do trabalho*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, J. de S. A escravidão nos dias de hoje e as ciladas da interpretação. In: MOREYRA, S. P. (Org.). *Trabalho escravo no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Loyola, 1999.

MELO, L. A. C. de. Premissas para um eficaz combate ao trabalho escravo. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo, a. 13, n. 26, 2003.

PALO NETO, V. *Conceito jurídico e combate ao trabalho escravo contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008.

PRUDENTE, W. *Crime de escravidão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHWARZ, R. G. *Trabalho escravo: a abolição necessária: uma análise da efetividade da eficácia das políticas públicas de combate à escravidão contemporânea no Brasil*. São Paulo: LTr, 2008.

WIKIPEDIA. *Diretório dos índios*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Diretório_dos_Índios>. Acesso em: 13 fev. 2017.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO: O CUSTO SOCIAL DA IMIGRAÇÃO - ENSAIO SOBRE AS CAUSAS DETERMINANTES PARA AS MIGRAÇÕES VOLUNTÁRIAS

Cristiane Brum dos Santos

Introdução

A coletividade humana experimenta uma das mais sérias crises humanitárias de sua história. A segunda década do século XXI será lembrada como um período em que mais de 65 milhões de pessoas foram forçadas a deixar sua terra natal por episódios de conflitos armados ou perseguições políticas, religiosas ou raciais, aventurando-se em outros países, ou até mesmo dentro das fronteiras nacionais, para a segurança da vida e materialização da dignidade.

Nessa conjuntura, coexiste outro fenômeno, o das migrações voluntárias, que ganha força e gera verdadeira mixórdia nas contemporâneas movimentações de massas. Diversamente dos refugiados, os imigrantes deslocam-se por vontade própria, buscando acolhida especialmente em países com economia mais sólida em comparação à de origem.

A despeito da nacionalidade do imigrante, certo é que sua chegada simboliza risco e incerteza para a sociedade de acolhimento. Isso porque, perante o senso comum, prepondera a concepção que relaciona o ingresso à finalidade implícita de beneficiar-se das prestações disponibilizadas no modelo de Estado de Bem-Estar Social, interpretando o deslocamento voluntário como um mecanismo para efetivação da igualdade material entre estrangeiros e nacionais.

Partindo dessa perspectiva, a imigração simboliza uma ameaça à economia, à ocupação laboral dos cidadãos e à manutenção do modelo de Estado intervencionista. Em períodos de crise, em que governo e socie-

dade discutem especialmente as possibilidades econômicas e financeiras para preservar o conteúdo essencial de direitos sociais e os destinatários para os quais é mais indispensável, inserir pessoas estranhas à soberania pode não ter o apoio dos nacionais, para quem urge salvar a si próprios.

O problema em discussão revela-se denso, complexo e urgente. Examinar as causas genuínas para os deslocamentos voluntários pode significar a desmistificação da figura do estrangeiro ou o declínio para os movimentos migratórios. Em verdade, o ensaio que dá corpo ao presente artigo pretende examinar a veracidade da hipótese segundo a qual a imigração está associada à busca por uma colocação no mercado de trabalho.

Para tanto, o presente trabalho procurou, em um primeiro momento, dimensionar os movimentos migratórios contemporâneos, para então investigar as razões pelas quais a imigração representa um custo social para o Estado de acolhida, e, ao final, analisar a hipótese suscitada, segundo a qual há uma relação entre o mercado de trabalho e imigração. O trabalho foi desenvolvido utilizando o método hipotético-dedutivo, em uma pesquisa de natureza qualitativa e quantitativa.

1 Painel dos movimentos migratórios contemporâneos

Sociedades globais e hiperconectadas. Organizações supranacionais e empresas multinacionais. Exemplos do advento de uma “modernidade fluida”, em que espaço e tempo estão dissociados, como categorias distintas, na medida em que o tempo é irrefreável e as distâncias deixam de existir (BAUMAN, 2001). Nesse modelo extraterritorial, fugaz e transitório de modernidade, a posse da terra perde espaço para o nomadismo,¹ como símbolo do desapego e da busca por novidades.

¹ Conforme Bauman (2001, p. 22): “[...]. Manter as estradas abertas para o tráfego nômade e tornar mais distantes as barreiras remanescentes tornou-se hoje o metapropósito da política, e também das guerras [...]”

O modelo de modernidade proposto por Zygmunt Bauman pode contribuir na justificação para os intensos movimentos migratórios, voluntários e involuntários, que se manifestam no início do século XXI. Aliada a essas tendências, a tecnologia empregada nos meios de transporte e de comunicação proporciona mecanismos que tornam a mobilidade mais ágil e frequente (SILVA, 2015).

Nesse fenômeno, coexistem as mais emblemáticas figuras das migrações, os imigrantes econômicos, que são “aqueles que deixam seu país de origem, ou habitual, para buscar melhores condições de trabalho e de qualidade de vida em outro país”, e os refugiados “[...] categorizados segundo os parâmetros jurídicos nacionais e internacionais, como migrantes forçados que atravessam as fronteiras nacionais dos seus países de origem ou de moradia habitual.” (SILVA, 2015, p. 21-23). O autor recorda que essas categorias podem ser combinadas, qualificando-as como “migrações internacionais mistas”.²

Em números do exercício de 2015, segundo relatório da Organização das Nações Unidas (2016), aproximadamente 65,3 milhões de pessoas encontravam-se deslocadas de forma involuntária no mundo. Desse contingente, mais de 21 milhões buscaram refúgio em outros países em virtude de conflitos armados, perseguição política, racial e religiosa, e em torno de 41 milhões estavam deslocados dentre de seus próprios países.

O cenário é devastador em tema de violação de direitos fundamentais e do conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. A vulnerabilidade dessas pessoas é tamanha a ponto de arriscarem a própria vida e de terceiros em travessias marítimas,³ como ocorreu no ano de 2015,

² Conforme Silva (2015, p. 21): “[...] na realidade cotidiana situações de violência sistemática generalizada e de perseguições, podem vir combinadas com questões sociais e econômicas, configurando as chamadas ‘migrações internacionais mistas’ [...]”

³ Conforme relatório da ONU (2016), aproximadamente metade dos refugiados no exercício de 2015 correspondiam a crianças de até 18 anos de idade.

quando aproximadamente 1 milhão de pessoas atravessou o mar mediterrâneo em busca de abrigo na Europa (ONU, 2016).

Enquanto Síria, Afeganistão e Somália destacam-se como países de origem da metade dos refugiados catalogados, Colômbia, Síria, Iraque e Iêmen compreendem o maior número de deslocados internos no mundo. De outro norte, a Turquia abrigou o maior contingente de refugiados, no total de 2,5 milhões de pessoas (ONU, 2016).

Tradicionalmente, mostrava-se tímida a participação do Brasil no acolhimento de refugiados, possivelmente pela distância entre sua posição geográfica e o local dos conflitos e perseguições políticas. Em consonância com dados do Comitê Nacional para Refugiados, enquanto que no ano de 2010 o Brasil recebeu 966 solicitações para refúgio, no ano de 2015, computou 28.670, um acréscimo de 2.868% em 5 anos (BRASIL, 2016a). Isso porque o país vem consolidando nos últimos anos uma política externa pautada na imagem de uma nação pacífica e acolhedora.⁴

Dados de abril de 2016 contabilizam que o Brasil acolhe um total de 8.863 refugiados de 79 nacionalidades diferentes, sendo os grupos mais representativos os sírios, angolanos, colombianos, congolese e palestinos. Do total de refugiados, estima-se que 70% sejam do sexo masculino e 40% tenham idade entre 18 e 29 anos (BRASIL, 2016a).

Fluxo como o contemporâneo somente se assemelha à crise humanitária vivenciada no contexto das Primeira e Segunda Guerras Mundiais do século XX. Arendt (2012) recorda que a eclosão da Primeira Guerra Mundial ocasionou efeitos severos sobre a comunidade europeia, gerando inflação, desemprego e a migração de grupos humanos que não eram bem-vindos em local algum e onde também não podiam ser assimilados.⁵

⁴ No auge do conflito na Síria, o Brasil, no ato representado pelo Comitê Nacional para Refugiados, publicou a Resolução nº 17 de 20 de setembro de 2013, prevendo a concessão de visto apropriado em caráter especial para pessoas afetadas pelo conflito na Síria.

⁵ Conforme Arendt (2012, p. 369): “[...]. Uma vez foram do país de origem, permaneciam sem lar; quando deixavam o seu Estado, tornavam-se apátridas; quando perdiam os seus direitos humanos, perdiam todos os direitos: eram o refugio da terra. [...]”

Já no contexto da Segunda Guerra, estima-se que em torno de 8 a 70 milhões de pessoas nos continentes europeu e asiático movimentaram-se ou para fugir do avanço nazista ou, de forma involuntária, para ocupar as fazendas, fábricas e campos de concentração (PAIVA, 2009).

As estatísticas concernentes aos deslocamentos voluntários são mais imprecisas, pois não há dados absolutos sobre imigração. Sociedades acentuadamente nacionalistas, xenófobas ou racistas repudiam o ingresso de estrangeiros e implementam políticas de imigração mais severas, o que favorece a clandestinidade das entradas.

De todo modo, a ONU estima que no ano de 2015 o mundo contabilizava 244 milhões de migrantes, dos quais 224 milhões deslocados por sua própria vontade, número que aumentou mais significativamente em relação ao crescimento da população mundial⁶. Índia e México figuram como os dois países com mais egressos, 16 milhões e 12 milhões de pessoas, respectivamente, seguidos por Rússia, China, Bangladesh, Paquistão e Ucrânia. Os números ainda apontam que os destinos favoritos dos imigrantes são Europa, América do Norte e Oceania, visto que aproximadamente 10% do total da população desses países são estrangeiros.

A Europa, especialmente, tem sido objeto da grande maioria das migrações⁷. A imigração, por outro lado, manifesta-se de forma heterogênea, afetando de forma significativa apenas metade dos países europeus, conforme pesquisa de Cachón e Laparra (2009). Isso porque 6 em cada 10 imigrantes no período de 2001 a 2005 optou pela região sul da Europa, que compreende Espanha, Itália, Portugal, Chipre e Malta.

No caso específico da diáspora brasileira,⁸ estima-se a partir de relatórios consulares que um contingente de 3.083.255 de nacionais te-

⁶ <https://nacoesunidas.org/numero-de-migrantes-internacionais-chega-a-cerca-de-244-milhoes-revela-onu/>.

⁷ “Europa se ha convertido, en términos absolutos, en la primera región de inmigración del mundo.” (CACHÓN; LAPARRA, 2009, p. 19).

⁸ Com o processo de redemocratização, o Brasil não se enquadra nas hipóteses previstas no artigo 1º da Lei nº 9.474/1997, inexistindo, portanto, refugiados brasileiros até o momento desta pesquisa.

nham se deslocado e estejam residindo legalmente no exterior,⁹ dos quais 1.410.000 fixaram residência nos Estados Unidos da América, 332.042 deslocaram-se para o Paraguai e 170.229 buscaram domicílio no Japão (BRASIL, 2016b).

De outro norte, o exame do número de estrangeiros no país revela que houve um crescimento de aproximadamente 389% no período de 2003 a 2016, encontrando-se registrados ao final do interstício um total de 126.258 estrangeiros nos cadastros brasileiros (BRASIL, 2017). Somados aos bolivianos, nacionalidade com maior número de imigrantes, e dos venezuelanos, que postulam ingresso no Brasil especialmente por Roraima, destaca-se o quantitativo de haitianos. Segundo o CONARE, desde o terremoto de magnitude 7 na escala Richter, que devastou o Haiti em janeiro de 2010, até o início da recessão econômica no Brasil, em 2015, 48.371 haitianos solicitaram acolhimento no país (BRASIL, 2016a).

2 O ângulo econômico da imigração

A magnitude das dinâmicas migratórias, voluntárias e involuntárias, tomadas a partir de suas peculiaridades, traduz o estágio de desequilíbrio nas relações humanas, tanto em âmbito nacional quanto no plano internacional, assim como os empecilhos para viabilização da paz e do desenvolvimento sadio da vida em sociedade.

A migração, do ponto de vista do migrante, é uma alternativa sólida para resistir às pressões internas, de cunho econômico, social ou ambiental, especialmente, arriscando-se para além das fronteiras nacionais a fim de realizar o conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana, em condições de igualdade material com os cidadãos do Estado de acolhida, nos termos e limites da legislação aplicável.

⁹ Números atualizados em 29.11.2016.

Lado outro, a integração do imigrante no novo meio, e certamente o êxito de seus objetivos, depende, além da formulação e implementação de políticas públicas específicas, da disposição e da forma como se equaciona a recepção pela sociedade de acolhida, notadamente em tempos em que métodos terroristas são frequentemente empregados no confronto entre o fundamentalismo islâmico e o capitalismo ocidental.

A soberania estatal, aliada à nacionalidade e a discursos de cunho xenofóbico e racista, consubstancia-se em argumento robusto para reprimir o ingresso e permanência de estrangeiros.^{10,11} Urraza e Urkidi (2009) examinam o problema do nacionalismo metodológico, que traduz a vontade inconfessa da sociedade de acolhida de viver somente com seus iguais, assentada nos postulados de homogeneização, primazia dos nacionais e monoteísmo cultural e material.

Como alerta Bauman (2001), “eles” são diferentes de “nós”, pois as fronteiras estão claramente delimitadas. Não há diferença significativa entre “nós” e “eles”, mas o “nós” se torna um mecanismo de defesa, de proteção, que reúne os semelhantes em desfavor do estranho, do imigrante ou refugiado que pretende ingresso.

É necessário recordar, nesse ponto, que o posicionamento nacionalista, xenofóbico e racista está em dissonância com os preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU¹² (ONU, 1948). De acor-

¹⁰ “[...] Nos dias de hoje, a hostilidade contra estrangeiros é amplamente difundida nos demais países da Unidade Europeia. Ela tem características fortemente diversas nos vários países em particular; mas o posicionamento dos alemães não se distingue muito do que assumem os franceses e os ingleses [...]” (HABERMAS, 2007, p. 264).

¹¹ Conforme Arendt (2012, p. 411): “[...] O estranho é um símbolo assustador pelo fato da diferença em si, da individualidade em si, e evoca essa esfera onde o homem não pode atuar nem mudar e na qual tem, portanto, uma definida tendência a destruir [...]”

¹² “[...] *la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas produjo profundas alteraciones en el ordenamiento jurídico internacional. Pero no sólo eso, sino que influyó también en numerosas constituciones de todo el mundo y en las condiciones de relación bajo las cuales los Estados soberanos de hoy en día actúan como actores colectivos en la arena internacional, con gran éxito práctico. Desde entonces, fueron tantas y tan diversas las resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas, las declaraciones oficiales y las constituciones de Estados que remiten a esa declaración, que una parte importante de sus contenidos – las libertades fundamentales y*

do com o artigo 1º do documento, “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”¹³

Nesse sentido, Schwarz (2011, p. 68-69), ao tempo em que o conceito de cidadania torna-se ferramenta de exclusão e privilégios no campo da titularidade de direitos fundamentais, diante dos massivos movimentos migratórios e dos obstáculos consequentes para a tutela dos direitos dos imigrantes, o direito internacional reforça uma compreensão igualitária, no sentido de que os direitos são atribuíveis a todas as pessoas, não apenas aos cidadãos.

Também são objeto de ponderação no processo de acolhida e integração do imigrante as diferenças culturais, religiosas e linguísticas, bem como sua vulnerabilidade socioeconômica e os consequentes custos a serem empregados para sua integração. No contexto do pós-crise de 2008, em que o número de desempregados na Europa e Estados Unidos da América ultrapassou 10% da população econômica ativa (FARIAS, 2011), e da recessão da economia brasileira, quando o número de desempregados pulou de 9,3% em 2015 para 12% em 2016 (ONU, 2017), acolher estrangeiros pode simbolizar pôr em risco o posto de trabalho de um cidadão.

Em termos de empobrecimento da população, somente no país norte-americano, 3 milhões de pessoas perderam suas casas no início da crise e 14% da população viviam abaixo da linha da pobreza no período, num total de 43,6 milhões de pessoas (FARIAS, 2011). No Brasil, a inflação de 9,1% em 2015 e 8,9% em 2016 diminuiu o poder de consumo das pessoas

los derechos económicos, sociales y culturales del hombre ante el poder estatal – puede ser considerada como componente esencial del derecho internacional.” (SCHWARZ, 2011, p. 23).

¹³ *La gestión de la inmigración supone la revisión de nuestra modalidad de ciudadanía, que no deja de ser aristocrática por in-universalizable y porque depende del fatal accidente de haber nacido en el lugar y Estado adecuados. Es como si esta lógica nos dijera que hay gente que se obstina en nacer en lugares inadecuados. Depende, en suma, de la lotería de la vida, que introduce la primera gran desigualdad entre las personas (URRAZA; URKIDI, 2009, p. 140-141).*

e, conseqüentemente, comprometeu a qualidade de vida de parte representativa da população (ONU, 2017).

Tomados os aspectos econômicos, fica evidente que o ingresso do estrangeiro gera incertezas e inseguranças no seio da sociedade de acolhida.¹⁴ O acolhimento pode significar o comprometimento do modelo de Estado de Bem-Estar Social em benefício dos cidadãos, como no caso do Brasil, cujo extenso rol de direitos sociais, a exemplo de benefícios previdenciários, benefício assistencial e seguro-desemprego, pode sofrer severa redução ou até supressão. Isso porque em conjunto com a concepção de vulnerabilidade do imigrante conjuga-se a perspectiva de seu interesse nas prestações sociais viabilizadas pelo país de acolhida.

O medo do estrangeiro e de seu impacto na sustentabilidade da economia de seu país pode ser uma das respostas para a surpreendente decisão do Reino Unido de deixar o bloco da União Europeia, consubstanciada no resultado do plebiscito de junho de 2016 (BBC BRASIL, 2016). A partir da concepção de Cachón e Laparra (2009), percebe-se tratar de uma postura equivocada que alinha fluxo imigratório a razões humanitárias, o que notadamente representa a necessidade de dispêndio de recursos pela sociedade de acolhida.

De todo modo, pesquisas indicam que a imigração repercute, de fato, sobre a conjuntura econômica de um país, porém notadamente sobre as camadas mais pobres da população. A explicação reside no fato de a renda dessas pessoas advir basicamente de proventos obtidos com seu próprio trabalho; assim, o ingresso de estrangeiro representa o risco ou a

¹⁴ “Esta constante de agrupamientos nos indica que la posición ante la inmigración extranjera hunde sus raíces muy probablemente en el juego que se establece entre tres variables dominantes: la orientación ideológica, el nivel de estudios y la situación de estatus. El juego entrecruzado de estos tres grandes factores da lugar a zonas de certidumbre y de incertidumbre. Probablemente, la variable esencial sea el nivel de estudios, no en su mera importancia intrínseca, sino por la seguridad o inseguridad que genera ante contextos cambiantes, como eje matriz que en combinación con la ideología y la situación económica puede conllevar actitudes permisivas o recelosas ante la inmigración. La zona de incertidumbre normalmente nutre la xenofobia situacional, que sólo puede ser neutralizada por un alto nivel de estudios. A falta de este contrapeso y en la medida en que a precariedad intrínseca de la incertidumbre se prolongue en el tiempo puede terminar dando lugar a formas más manifiestas de racismo.” (URRAZA; URKIDI, 2009, p. 138).

perda de um posto de trabalho de um cidadão, ainda porque o imigrante se sujeita a salários e condições de trabalho inferiores (COLLIER, 2013).

Na concepção habermasiana (2007), as capacidades econômicas dos países devem ser ponderadas na formulação da política de integração do imigrante; por outro lado, não pode configurar um fator de exclusão dissociado de outras vertentes. Afirma que a sustentabilidade da economia europeia depende da imigração e que os critérios para limitação do ingresso devem observar pontos de vista e necessidades tanto da sociedade de acolhida quanto dos imigrantes potenciais.¹⁵

3 A inserção no mercado de trabalho como instrumento para a materialização da dignidade da pessoa humana do imigrante

Os direitos sociais, na qualidade de verdadeiros direitos humanos fundamentais, consubstanciados em prestações dirigidas ao Estado para a tutela, garantia e efetivação da igualdade material entre as pessoas, além de possibilitar o exercício dos direitos civis e políticos, são imprescindíveis para a realização do mínimo existencial e, por conseguinte, da dignidade da pessoa humana. Esta, em conformidade com a matriz kantiana, é reconhecida como qualidade intrínseca e inerente do ser humano, como um verdadeiro valor fundamental na dogmática constitucional, nos âmbitos interno e internacional.¹⁶

¹⁵ Essas e outras razões semelhantes certamente ainda não bastam para justificar a garantia de um direito individual à imigração que seja legítimo e que possa ser cobrado por ação judicial; contudo, elas provavelmente justificam o comprometimento moral com uma política liberal de imigração que abra a sociedade para imigrantes e oriente o fluxo migratório na medida em que existam capacidades disponíveis. [...] Certamente ainda não foram atingidos os limites da onerosidade nas sociedades europeias, que encolhem do ponto de vista demográfico e que hoje como ontem dependem da imigração, por razões econômicas. Da fundamentação moral de uma política de imigração liberal resulta, além disso, a obrigação de não limitar os contingentes de imigração às carências econômicas do país que acolhe os imigrantes, mas sim de limitá-los segundo critérios aceitáveis a partir da visão de todos os envolvidos.” (HABERMAS, 2007, p. 269-270).

¹⁶ “[...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de de-

A dignidade da pessoa integra o conteúdo do constitucionalismo ocidental especialmente com o fim da Segunda Guerra Mundial e o colapso do positivismo jurídico. Trata-se de um conceito impreciso e genérico, cuja definição de seu núcleo está condicionada a uma efetiva agressão à dignidade, razão pela qual Schwarz (2011) defende que a materialidade do princípio da dignidade encontra fundamento no mínimo existencial.¹⁷

Em tema de imigração, o que se verifica é que a transposição das fronteiras nacionais pelo estrangeiro encontra arrimo, geralmente, na necessidade irresistível de realizar o conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, a partir do alcance de vetores materiais básicos para a existência¹⁸. Isso tomando por base os principais destinos pretendidos pelos imigrantes e seus indicadores sociais e econômicos.

Como bem pontua Habermas (2007), ao menos desde o período de descobrimento da América e do crescimento exponencial da imigração no século XIX, o imigrante corresponde, em sua grande maioria, a trabalhadores e a pessoas que buscam fugir de condições de miserabilidade em seu país de origem, na tentativa de realizar a pretendida dignidade. No caso específico da Alemanha, surpreende-se pela postura de acolhida, visto que de 1955 a 1973, o país adotou uma política de recrutamento de trabalhadores do sexo masculino, solteiros e de baixa remuneração, oriundos de países do Sul e Sudeste da Europa, responsáveis, portanto, pela expressiva retomada do crescimento econômico do país.

terminada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana, é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente [...]” (SARLET, 2015, p. 102).

¹⁷ “Está claro que, en esa dimensión, es imposible reducir a una fórmula genérica y abstracta todo aquello que constituye el núcleo de la dignidad humana. Así es que esa discusión sobre el respeto de la dignidad y la delimitación de su contenido solamente puede ser llevada a cabo en el caso concreto de que se puede percibir una efectiva agresión a la dignidad de la persona. En ese supuesto, nos parece claro que la materialidad del principio de la dignidad se asienta sobre el denominado ‘mínimo existencial’.” (SCHWARZ, 2011, p. 36).

¹⁸ “Em favor da postulação moral, é possível apresentar boas razões. Normalmente, as pessoas não abandonam a terra natal a não ser em meio a grandes dificuldades [...]” (HABERMAS, 2007, p. 268, grifo do autor)

Nessa perspectiva, Buján (2009) relaciona o processo de envelhecimento da sociedade de acolhida à imigração e à política social. Isso porque a manutenção do Estado de Bem-Estar Social e do mercado de trabalho europeus depende do ingresso de estrangeiros para a ocupação de postos de trabalho não necessariamente desqualificados, mas de certa forma rejeitados por grande parte dos cidadãos.

No exame da interculturalidade nas migrações internacionais, Aristu (2009) defende que todas as sociedades podem ser consideradas como sociedades de migrações, em virtude, especialmente, dos processos de colonização, descolonização e de medidas econômicas protetivas, somados à desfronteirização do planeta, pela presença incessante da internet e dos telefones celulares no dia a dia das pessoas. Pontua a contradição existente no fenômeno da globalização econômica,¹⁹ que impõe a liberdade de movimentação do capital, mas obsta severamente a liberdade dos trabalhadores.

Nesse sentido, o que a pesquisa demonstrou é que, diversamente do senso comum, que encara o imigrante como um indivíduo que pretende se beneficiar do modelo de Estado de Bem-Estar Social, o imigrante consiste, em regra, em um trabalhador, que busca junto à sociedade de acolhida, que reputa mais desenvolvida social e economicamente, possibilidades para si e seu grupo familiar de uma vida digna.

Essa hipótese foi confirmada na pesquisa realizada por Urraza e Urkidi (2009), segundo os quais, no período de 2006 a 2007, 90% da população estrangeira de 13 nacionalidades diferentes que residiam na Comunidade Autônoma do País Basco, na Espanha, não usufruiu nenhuma espécie de benefício, do total de prestações sociais disponibilizadas à população; ainda, que do total de pessoas entrevistadas na pesquisa, um número su-

¹⁹ “O processo de globalização tornou mais nítida a diversidade, pois justamente nesse processo as desigualdades entre os sexos, entre classes sociais e entre raças aparecem de uma maneira mais visível.” (HIRATA, 2011, p. 16).

perior a 84% nunca recorreu a nenhum tipo de ajuda de renda básica em todo o período de permanência no país.

Por outro lado, a pesquisa dos autores também demonstrou que a sociedade de acolhida mostra-se mais segura em relação à entrada e integração do imigrante quando está condicionada a um contrato de trabalho. 85% da população autóctone da Comunidade Autónoma do País Basco relaciona imigração a trabalho, o que traduz a concepção do “bom imigrante”, como aquele cuja estadia fica restrita ao período do contrato de trabalho.

Como bem pontuado por Cachón e Laparra (2009), o ingresso e integração de imigrantes estão condicionados às possibilidades de absorção dessas pessoas pelo mercado de trabalho da sociedade de acolhida, de modo que, no caso da economia espanhola, seu crescimento positivo tem relação com o trabalho da população estrangeira, especialmente das mulheres.

Isso explica o interesse dos haitianos no Brasil no ano de 2010, época em que a economia brasileira estava em franca ascensão. Também explica porque, no auge da recessão econômica no país, e, portanto, de diminuição das oportunidades de trabalho, esses imigrantes passaram a perder o interesse no mercado de trabalho interno, dirigindo-se a economias mais sólidas, como o Chile.

Nesse ponto, Hirata (2011) recorda como consequências dos movimentos migratórios a precarização e feminização do trabalho. A globalização repercutiu sobre os salários e sobre as condições do exercício da atividade, quando mais pessoas estão dispostas aos mesmos cargos; afetou, especialmente, as mulheres, na divisão sexual do trabalho, pois a mulher é manifestamente sujeita à realização de trabalhos domésticos e de cui-

dados, em comparação aos homens, e a suportar condições inferiores de salários e relações pessoais, inclusive com conotação sexual.²⁰

Isso reflete, invariavelmente, no mercado informal de trabalho. O quantitativo de brasileiros residindo nos Estados Unidos da América (1.410.000), no Paraguai (332.042) e no Japão (170.229) é um retrato dessa realidade (BRASIL, 2016b). No Japão e no norte da América, o ingresso remete à precarização do trabalho e à ocupação de postos menos qualificados, como serviços domésticos e de limpeza. No Paraguai, por outro lado, o trabalho dos brasileiros é empregado na agricultura, sendo que é comum que os “brasiguaios” apresentem boas condições financeiras em comparação à vida que tinham no Brasil.

Conclusão

O dinamismo da coletividade humana, em grande ascensão no início deste século, requer um olhar acurado e minucioso da sociedade de acolhida e das autoridades governamentais diretamente relacionadas. Isso em razão da complexidade de fatores que condicionam a pessoa a retirar-se de sua moradia habitual, e, portanto, abandonar o convívio familiar, idioma, tradições e cultura de seu povo, para buscar, em resumo, a realização do conteúdo da dignidade da pessoa humana em outro Estado.

Naturalmente, a expressividade de migrantes buscando ingressar em outros países provoca apreensão nas sociedades de acolhida, em especial no que diz respeito à capacidade econômica para suportá-los de forma adequada, a exemplo da disponibilização de prestações de cunho social. Cria-se tensão, inclusive, no mercado de trabalho interno, pelo risco

²⁰ “La creciente feminización de las migraciones está directamente relacionada con los cambios de producción y reproducción a nivel mundial, que dan lugar, en los contextos de origen, a la feminización de la pobreza, y en los contextos de destino, a la demanda de mano de obra segregada por género para la realización de actividades de cuidados y servicios [...]” (ROMERO, 2009, p. 240).

à manutenção de postos de trabalho menos qualificados e mais sujeitos à ocupação por estrangeiros.

Embora necessário, o argumento que rejeita a imigração não pode simplesmente fazê-lo por relacionar imigração a direitos sociais. A pesquisa demonstrou que, em regra, a migração para outros países, de forma voluntária, dá-se com a finalidade de inserção no mercado de trabalho da sociedade de acolhida, mais sólido e com mais oportunidades em relação ao de origem.

Essas ponderações refletem os resultados iniciais da pesquisa aplicada no problema da crise humanitária contemporânea; a tônica resume-se à impreterível revisão dos paradigmas sobre as razões para os deslocamentos voluntários. Urge repensar as fronteiras que dividem a humanidade entre “nós” e “eles”, ponderando a figura do estrangeiro como um ser humano igual àqueles que gozam de cidadania. No âmbito jurídico, esses novos fluxos requerem respostas adequadas e compatíveis com os problemas decorrentes. Negar acolhimento significa obstar a igualdade em dignidade, conforme preconizado pela Declaração Universal da ONU de 1948.

Referências

ARENDR, H. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARISTU, J. H. Interculturalidad en las migraciones internacionales: Una perspectiva dialógica. In: CACHÓN, L.; LAPARRA, M. (Ed.). *Imigración y políticas sociales*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2009, p. 327-348.

BAUMAN, Z. *Modernidade Líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BBC BRASIL. *8 razões pelas quais os britânicos votaram pela saída da União Europeia*. 24 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-36609225>>. Acesso em: 01 out. 2016.

BRASIL. Polícia Federal. *Registro de Estrangeiros*. [2017]. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

BRASIL. Conare. *Sistema de Refúgio Brasileiro: Desafios e Perspectivas*. [2016a]. Disponível em: <www.acnur.org> Acesso em: 01 out. 2016.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Estimativas populacionais das comunidades brasileiras no mundo – 2015*. [2016b]. Disponível em: <<http://www.brasileirosnomundo.itamaraty.gov.br>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

BUJÁN, R. M. Política social, migración internacional y trabajo de cuidados: el caso español. In: CACHÓN, L.; LAPARRA, M. (Ed.). *Imigración y políticas sociales*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2009. p. 269-293.

CACHÓN, L.; LAPARRA, M. Sistema migratorio, mercado de trabajo y régimen de bienestar. In: CACHÓN, L.; LAPARRA, M. (Ed.). *Imigración y políticas sociales*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2009. p. 19-50.

COLLIER, P. *Quanta imigração é suficiente?* 30 out. 2013. Disponível em: <<https://demografiaunicamp.wordpress.com/2013/10/30/quanta-imigracao-e-suficiente-por-paul-collier/>>. Acesso em: 01 out. 2016.

FARIA, J. E. *O Estado e o direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERNANDES, D. et al. Migração dos Haitianos para o Brasil. A RN no 97/2012: uma avaliação preliminar. *Caderno de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania, Brasília, Instituto Migrações e Direitos Humanos*, v. 8, n. 8. 2013, p. 55-72.

HABERMAS, J. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002.

HIRATA, H. Tendências recentes da precarização social e do trabalho: Brasil, França, Japão. *Caderno CRH, Salvador*, v. 24, n. 01, 2011, p. 15-22.

ONU. *World Economic Situation and Prospects 2017*. [2017]. Disponível em: <<http://www.unhcr.org>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

ONU. *Global Trends: Forced Displacement in 2015*. [2016]. Disponível em: <<http://www.acnur.org>>. Acesso em: 01 out. 2016.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [1948]. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br>>. Acesso em: 01 out. 2016.

PAIVA, O. da C. *Refugiados da Segunda Guerra Mundial e os Direitos Humanos*. [2009]. Disponível em: <<http://diversitas.fflch.usp.br/node/2180>>. Acesso em: 07 out. 2016.

ROMERO, B. A. De los significados de género e inmigración (re)producidos en las políticas sociales y sus consecuencias para la acción e integración social. In: CACHÓN, L.; LAPARRA, M. (Ed.). *Imigración y políticas sociales*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2009. p. 239-267.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHWARZ, R. G. *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales – Su imprescindibilidad y sus garantías*. Miguel Ángel Porrúa: México, 2011.

SILVA, C. A. S. da. *A política migratória brasileira para refugiados (1998-2014)*. Curitiba: Íthala, 2015.

URRAZA, X. A.; URKIDI, S. B. La opinión de la sociedad de acogida sobre las políticas sociales dirigidas a los inmigrantes In: CACHÓN, L.; LAPARRA, M. (Org.). *Imigración y Políticas Sociales*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2009. p. 105-147.

ISBN 9788584221363



9 788584 221363